

# الفضل لدراسة القانون

تأليف

الدرس  
زهير البشير

الأستاذ المتريس  
عبد الباقي البكري



## محتويات الكتاب

٧	مقدمة عامة
	تقسيم البحث
١٥	القسم الأول
١٥	نظرية القانون
	تمهيد وتقسيم
١٧	الباب الأول: التعريف بالقاعدة القانونية
١٩	الفصل الأول: معنى القاعدة القانونية وضرورتها
٣١	الفصل الثاني: خصائص القاعدة القانونية.
٥٧	الفصل الثالث: التمييز بين القاعدة القانونية وبين القواعد الاجتماعية الأخرى
٧٧	الباب الثاني: مصادر القاعدة القانونية.
	تمهيد:
	الفصل الرابع: المصادر الرسمية للقاعدة القانونية. التشريع - العرف - مبادئ
٨٣	الشريعة الإسلامية - قواعد العدالة
١٥٣	الفصل الخامس: المصادر التفسيرية أو غير الرسمية القضاء - الفقه
١٦١	الباب الثالث: وظيفة القانون
	تمهيد
١٦٥	الفصل السادس: المذهب الفردي: التعريف به، أمسه، آثاره
١٧١	الفصل السابع: المذهب الاشتراكي: التعريف به، أمسه، آثاره
	الفصل الثامن: موقف التشريع العراقي في ظل ثورة (١٧-٣٠) تموز من المذيعين
١٨١	الفردي والاشتراكي
١٨١	موقف الدستور العراقي
١٨٣	موقف القانون العراقي

١٨٧	الباب الرابع: أقسام القانون
	<b>تمهيد</b>
١٨٩	الفصل التاسع: فروع القانون
١٨٩	التقسيم الثنائي التقليدي
٢٠٥	التقسيم الثلاثي
٢٠٧	وحدة القانون في الفكر الاشتراكي
٢٠٨	موقف قانون أصلح النظام القانوني من تقسيم القانون
٢١١	الفصل العاشر: تقسيات قواعد القانون
٢١١	عرض وجيز للتقسيات
٢١١	تقسيم قواعد القانون إلى قواعد أمرة وإلى قواعد مكملّة أو مفسرة للإرادة
	القسم الثاني
٢١٧	نظرية الحق
٢١٩	الباب الخامس: التعريف بالحق
٢٢٨	الفصل الحادي عشر: طبيعة الحق
٢٣١	الفصل الثاني عشر: عناصر الحق وأركانه
٢٣٩	الباب السادس: مصادر الحق
٢٤٣	الفصل الثالث عشر: الوقائع القانونية
٢٤٥	الفصل الرابع عشر: التصرفات القانونية
٢٥٥	الباب السابع: أقسام الحق
٢٥٧	الفصل الخامس عشر: أقسام الحق من حيث مدى حماية القانون له
٢٥٩	الفصل السادس عشر: أنواع الحقوق من حيث عناصرها
٢٦١	الفصل السابع عشر: أنواع الحقوق المدنية
٢٨١	الفصل الثامن عشر: الشخصية
٢٨١	المبحث الأول الشخصية الطبيعية ومميزاتها
٢٩٨	المبحث الثاني: الشخصية المعنوية طرق كسبها
٣١٦	المراجع العامة.



## المقدمة

لما كان الإلزام بأي ضرب من ضروب المعرفة يقتضي التمهيد له بمقدمة تيسر التعرف على موضوعه ونطاقه وأهميته قبلولوج في أعماقه، لذلك يحسن بنا التمهيد لدراسة هذا العلم الذي عرف بتسميات متعددة لعل أكثرها شيوعاً هي المدخل لدراسة القانون وأصول القانون وعلم القانون، بمقدمة تتناول تحديد معناه وبيان موضوعه وتبيان مدى أهميته ومعرفته تاريخ نشوئه ومدى اهتمام الأمم بدراسته. وذلك ما سنتفعله في هذه المقدمة والله ولي التوفيق.

### تعريضه:

يواجه طالب القانون في دراسته طوائف متعددة من القواعد القانونية متباينة عن بعضها تبعاً لطبيعة الرابطة الاجتماعية التي تحكمها وخصائص الشرائع التي تنظمها إلا أن هذا التباين لا يعني انقطاع الصلة فيما بينها لأن هناك ثمة رابطة تحكم صلتها ببعضها نجدها في صورة جملة من المبادئ والأسس تقوم عليها قواعد القانون كافة بنصرف النظر عن تباين الشرائع واختلاف الفروع التي تضمها والإلزام بهذه المبادئ يقتضي دراسة هذا العلم الذي استقر شأنه وتعاظمت أهميته في الفقه العربي حديثاً، وقد عرف هذا العلم بتعريفات متعددة، وهي وإن تباينت في التعبير إلا أنها تتشابه في المعنى وتتفق في الغاية، لأنها جميعاً تقوم على الاعتراف بوجود مبادئ أساس واتجاهات رئيسة تشارك فيها قوانين الأمم المختلفة، وتفرض على الباحث مهمة الكشف عن هذه المبادئ والاتجاهات بغية الوصول إلى نظرية عامة للقانون تسعوا على التفصيلات وتقف عند الجوهر من المبادئ، ولذلك فلا بأس من الخروج على هذه التعريفات التقليدية لنسوق تعريفاً لعلم أصول القانون يغايرها في التعبير ويمثلها في المعنى. فنعرفه<sup>(١)</sup> بأنه علم يتخذ من القانون موضوعاً له فيبحث فيما يحكمه من مبادئ عامة ونظريات مشتركة بين شرائع الأمم.

ولعل أدق وصف للعلاقة بين هذا العلم وبين القوانين الوضعية في مختلف الأمم هو ما ساقه الفقيه هولاند، إذ شبه هذه العلاقة بالعلاقة بين علم النحو المجرد وبين مختلف اللغات، فكما أن لكل لغة علم نحو يختص بها يبين أقسام الكلمة ومواقعها في الجمل والعلاقة فيما بينها وأحكام كل منها، كالفاعل والضمير والصفة والاسم وحرف الجر، إلا أن فكرة الاسم والفعل والفاعل وغيرها أفكار تستقر في مختلف اللغات، وإذا كان علم النحو يعني

(١) عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشرعة الإسلامية، ص ٥.

بدراسة هذه الأفكار النحوية المشتركة بين شتى اللغات فإن علم أصول القانون مدخل  
لدراسة القانون يتكفل بالبحث في جميع المبادئ القانونية الرئيسة المشتركة في مختلف القوانين  
الوضعية التي يتباين بعضها عن بعض في التفصيلات المتفرعة عن هذه المبادئ.

#### مميزاته:

إذا أمعنا النظر في التعريف الذي سقناه لهذا العلم كان في الوسع استخلاص طائفة من  
مميزاته، نشير إليها فيما يلي<sup>(١)</sup>:

أولاً: إنه علم ذلك لأن العلم ضرب من ضروب المعرفة يستكمل كيانه بالتطور ويتميز  
بوحدة الموضوع وباحتوائه على قواعد كلية ونظريات.

ثانياً: إنه لا يأبه بالأحكام التفصيلية التي تختلف باختلاف القوانين وتتأثر بحاجات  
الأمم وظروفها، وإنما يتناول بالبحث الأفكار المشتركة المتماثلة في مختلف القوانين والمنطقية  
على جميع التفصيلات، فحق الملكية والحقوق العائلية وفكرة العقد على اعتباره مصدراً  
للالتمامات ومسؤولية الشخص عن الأضرار التي يلحقها بغيره، أفكار تسلم بها القوانين  
كافة، وإن اختلفت في تفصيل قواعدها، كتحديد طرق انتقال الملكية وحدود سلطة المالك  
ومدى سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنظيم أحكامه ونطاق المسؤولية المترتبة على من يلحق  
بالغير ضرراً وطبيعتها وعقب إثباتها.

ثالثاً: إنه لا يركز اهتمامه على حق من حقوق الحياة القانونية ليتولاه بالبحث والتنظيم  
وإنما يشرف على الحياة القانونية ليتحرى الأصول المشتركة والأفكار القانونية التي تسودها  
في مختلف حقولها مدنية أو تجارية أو جنائية أو غيرها.

رابعاً: إنه صلة بين القوانين المختلفة ووسيلة إحاطة بخصائصها وبالمبادئ الرئيسة التي  
ترتكز عليها. ذلك لأن القوانين إذا كانت تتباين عن بعضها إلى مدى متفاوت بتأثير من عاملي  
الزمان والمكان وبسبب اختلاف طبيعة الروابط التي تتناولها بالحكم، إلا أن هذا العلم يشدها  
إلى بعضها بنظرية عامة في القانون يستخلصها من دراستها جميعاً ويجمع فيها المبادئ والقواعد  
العامة المشتركة فيما بينها، ويعرّف هذه المميزات لهذا العلم يتسنى لنا أن نتيقن الفروق التي  
تنهض بينه وبين فروع القانون من مدني وتجاري ودولي وجنائي وغيرها، وهو إذ كان لا يركز  
اهتمامه على حق من حقوق الحياة القانونية وإنما يتولاه جميعاً بالبحث فإن كل فرع من فروع

(١) عبد الباقي البكري. نظرية القانون، ص ٩.



القانون يعنى بدراسة حقل واحد من حقول الحياة القانونية تتصف بروابطه بالتجانس من حيث طبيعتها، وهو إذا كان لا يأبه بالأحكام القانونية التفصيلية وإنما يعبا بالأفكار والمبادئ القانونية المشتركة بين مختلف القوانين وفروعها فإن كل فرع من فروع القانون يتضمن أحكاماً جزئية وقواعد تفصيلية تنظم الروابط القانونية.

#### موضوعه:

يتخذ هذا العلم من القانون برمته موضوعاً له فيشولى تحديد معناه، والكشف عن خصائص قواعده التي تميزه عن غيره من القواعد، والبحث في طبيعته، وأساسه الكشف عن العنصر الذي يتكون منه والنوع الذي يحدده بالقوة الملزمة، ودراسة مصادره لمعرفة كيف تنشأ قواعده، والإلمام بفروعه وأنواع قواعده ونتيجته في حياته وفنائه للإحاطة بكيفية تفسيره وإلغائه وبيان طرق التوصل إلى الاستزادة من أحكامه استجابة لحاجات المجتمع المتطورة، وهو في جماع ذلك يكون قد استخلص نظرية القانون.

إلا أن مهمة هذا العلم لا تقتصر على هذا الغرض وإنما تتعداها إلى رسم نظرية للحق أيضاً، ذلك القانون في حكمه لسلوك الأفراد في المجتمع يعمل على تغليب مصالح بعضهم على سواهم عند تشابك المصالح وتصادمها من طريق إقرار حقوق لهم تخولهم الاستئثار بسلطات معينة ينبغي احترامها: ولا ريب في أن الحقوق تنفرع من القانون وتحتل منزله هامة في النظام القانوني، لأن الغرض من القانون هو تنظيم العلاقات الاجتماعية ابتغاء حماية نشاط الأفراد ورسم حدودها، ولأن القانون لا يقتنع وهو يقوم بدوره في التنظيم الاجتماعي بغرض التكليف والواجبات وإنما يجاوزها إلى تقرير الحقوق وإضفاء حمايته عليها: فالصلة وثقى بين القانون وبين الحق بحيث يصح القول أن الحق لا قيمة له ما لم يقره القانون ويحميه، وإن القانون لا جدوى منه إن لم يحدد ما للفرد من حقوق سواء كانت قبل أمرته أو قبل غيره ممن يدخل وإياهم في ورايط اجتماعية أو قبل السلطات القائمة في المجتمع وما لكل من هؤلاء من حقوق قبله، ولا تقتصر مهمة القانون على بيان الحقوق وإنما تتعداها إلى بيان الوسائل الكفيلة بحمايتها ودرء الاعتداء عليها وتخلص عما تقدم إلى القول: إن دراسة علم أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون تنوزع على قسمين: أولها بحث في القانون للإلمام بنظرية العامة. وثانيها بحث في الحقوق المتولدة عن شتى العلاقات القانونية الناشئة بين الأشخاص وطرق المحافظة عليها لرسم نظرية عامة لها.

### أهمية دراسته:

تبدوا أهمية هذا العلم في مدى مضمونه المشار إليه جليبه للمبتدئ في دراسة القانون، ولرجل القانون الملم بأحكامه، بل ولكل مثقف. فأهميته واضحة لكل مبتدئ في دراسة القانون؛ لأنه يستطيع بعون هذا العلم الإلمام بفكرة عامة عن القانون من حيث معناه، خصائصه وطبيعته ومصادره وفروجه وأنواع قواعده.

ومن طريقه يتزود بطائفة من المعلومات تنمي ملكاته وتعينه في دراسته التفصيلية اللاحقة لفروع القانون العديدة. ولما كانت الدراسات القانونية تشترك في جملة من المعلومات الأولية والمصطلحات الفنية وتقوم على طائفة من المبادئ المشتركة، وحيث أن علم أصول القانون يركز اهتمامه على دراسة هذه الأمور، فإنه يصبح وسيلة لا غنى عنها في دراسة سائر فروع الثقافة القانونية وتتعدى أهمية دراسة هذا العلم المبتدئ في الدراسة القانونية إلى من أحاط علماً بفروع القانون وأحكامه. إذ تكون دراسته بالنسبة إليه دراسة تعمق واستقصاء، وملئى لجميع ما ألم به من أصول مشتركة ومبادئ عامة مجردة ترجع إليها سائر الجزئيات، وعوناً له في الكشف عن الاتجاهات الرئيسة في الفكر القانوني التي يستطيع في هديها أن يحكم على الأمور حكماً مبنياً على تقدير علمي سليم.

ولا تقتصر جدوى هذا العلم على المعنيين بدراسة القانون بل يتجاوزهم إلى غيرهم ذلك لأن علم أصول القانون يعني في معرض دراسته للأصول المشتركة بين القوانين الوضعية بدراسة أمور لا غنى عنها لكل مثقف. فهو يعرض لدراسة طبيعة القوانين وطبيعة العلاقات القانونية التي تنشأ بين الأشخاص فتولد الحقوق وترتب الواجبات ويتناول بالبحث طرق المحافظة على هذه الحقوق والدفاع عنها، ولما كان من المفيد لكل فرد وإن لم يكن من رجال القانون أن يكون على بينه من القوانين التي تحكمه وعلى معرفة بالحقوق المترتبة على اعتباره مواطناً أو عضواً في مجتمع أو طرفاً في تعامل وطرق المطالبة بها ووسائل حمايتها، فإن دراسة هذا العلم تكون مجدية بالنسبة للكافة وتبدوا عنصراً هاماً من عناصر الثقافة العامة.

### تاريخ نشوئه ومدى اهتمام الأمم بدراسته:

لا ينسب الفضل في خلق علم أصول القانون إلى الإغريق والرومان، إذ لم يعرف عن الإغريق طول باع في ميدان القانون خلافاً لمجال الفلسفة الذي برزوا فيه. ومع ذلك فإنهم وإن لم يخلقوا فقهاً أصيلاً ولم يتركوا دراسات عميقة في القانون إلا أن غلبة



الطابع الفلسفي على نشاطهم الفكري ساقهم إلى إلقاء نظرات عميقة على مسائل هي من صميم هذا العلم، فكانت بحوث أفلاطون في كتابيه «الجمهورية الفاضلة»، والقوانين مناقشة مستفيضة في أصول الدولة والقانون. وكانت آراء أرسطو في العدل الطبيعي والعدل القانوني، وفي التمييز بين القانون الطبيعي وبين القانون الوضعي، وفي الكلام على مجرد قواعد القانون ما يقرب المجردات العقلية من غير وعدل إلى الحياة القانونية، مما يؤكد غرض الإغريق في البحث في طبيعة القانون ومصادره، وإن كان ذلك لا يجاوز نطاقاً ضيقاً في مجال علم أصول القانون.

ولم يحفظ هذا العلم باهتمام الرومان بالرغم من براعتهم الفائقة في صناعة القانون فهم وإن تركوا تراثاً ضخماً في ميدان الإنتاج القانوني الذي تميز بدقة الصياغة وعرفوا بطول الباع في ميداني الفقه والقضاء، إلا أنهم لم يعنوا بدراسة المبادئ الأساس التي تقوم عليها قواعد القانون وتحكم علاقة بين قروعه ولم يكثرثوا بالفلسفة القانونية إلا في حدود ضيقة لا تتعدى البحث في القانون الطبيعي وقانون الشعوب، ولعل السبب في عزوف الرومان عن دراسة مسائل هذا العلم بالرغم من علو كميتهم في حقل القانون، هو عنايتهم الفائقة بالنصوص القانونية وتطبيقاتها وشرحها على نحو صرفهم عن مباحث الفلسفة القانونية، والحق أن علم أصول القانون خلق العصر الحديث، ومع ذلك ينبغي التمييز بين مرحلتين اجتازهما في تطوره خلاله: أما الأولى فقد بدأت في منتصف القرن الثامن عشر حيث نبعت فيها مباحث علم أصول القانون في دائرة مصادر القانون فكرة العدل الطبيعي التي تمتد جذورها إلى الفكر الإغريقي دون أن تتعداها، أما الثانية فقد افتتحها الفيلسوف الألماني كانت (١٧٢٤ - ١٨٥٤) الذي خلق الفلسفة الوضعية ونهى بها منحي عقلياً نقد يعونه إلى البحث في القانون وأصوله.

وقد تنامت منذئذ البحوث في أصول القانون ليستقيم لهذا العلم عوده بعد فترة كان الكتاب الإنجليزي والألمان السابقين في تطويره خلالها.

وقد كان هذا العلم محل اهتمام بالغ عند الأسمم الأنجلوسكسونية، إذ عني الإنكليز بدراسته وتبعهم الأمريكيون عناية فائقة. ومبعث هذا الاهتمام، أن القانون الإنكليزي والأمريكي يستمدان أغلب قواعدهما من أحكام القضاء دون أن يكون للفقه فيها شأن ملحوظ ولذلك استعاض رجال القانون بدراسة هذا العلم دراسة فلسفية يستخلصون بها قواعد عامة تربط أجزاء القانون المتناثرة في أحكام القضاء عن الشروح الفقهية لأحكام القانون التفصيلية. ولا يقل فقهاء الألمان عن الكتاب الإنجليزي والأمريكيين عناية بعلم أصول القانون بل جاوز انتاجهم العلمي انتاج سواهم وفاقوا غيرهم في الدقة والتعميق

وإليهم يرجع الفضل في خلق عدد من المذاهب الفلسفية في طيبة القانون، لتمسك الكثير منهم بالطريقة الفلسفية في البحث وبالفروض في عقليات أصول القانون على نحو يصح بمقتضاها تسميتهم بالاصوليين الفلاسفة.

وقد تعدى الاهتمام بهذا العلم الكتاب الانجليزي والفلاسفة الألمان ليسري إلى أمم غربية أخرى. أما في المجتمع العربي، فقد تقدم المصليون سواهم في دراسة هذا العلم وتدرسه والكتابة فيه، فقد استقر تدريس في الكليات المصرية المعنية بدراسة القانون على نحو إجباري وعلى اعتباره مادة تحضيرية ومقدمة ضرورية لدراسة فروع القانون، وقد كان المغفور له أستاذنا الجليل السنيهوري فضل في إدخال دراسة هذا العلم في كلية الحقوق العراقية عندما كان عميداً لها سنة ١٩٣٥. واستقر منذئذ تدريس في كلية الحقوق التي خلفتها كلية القانون والسياسة ثم كلية القانون على النمط الذي يدرس عليه في الجامعات المصرية. ثم اتسع تدريس في العراق ليتعدى كلية الحقوق إلى كليات ومعاهد أخرى تعنى إلى مدى ما بتدريس القانون. غير أن هذا التوسع المحمود في تدريس هذا العلم مال لبث أن أعقبه انكماش يؤسف له في نطاق تدريس الجامعي في العراق في ظل مناهج الدراسة الجديدة.

وعلى العموم فإننا نلاحظ اتجاهات متباينة ثلاث حيال موقع هذا العلم في الدراسات القانونية في الجامعات المعاصرة تشير إلى تفاوت النظر في تقدير منزلته.

أولها: الاتجاه الأنجلوسكسوني الذي يبالغ في تقديره فيدرسه في الكليات القانونية على نحو إلزامي وينظر إليه على اعتباره قمة الدراسات القانونية وخاتمته فيدرسه في السنة النهائية على نحو يتسم بالعمق والدراسة المستفيضة المستعنة بالطابع الفلسفي.

وثانيها: الاتجاه اللاتيني الذي يعتبره مقدمة الدراسات القانونية ومدخلاً للإلمام بها، فيدرسه دراسة شاملة موجزة. ولا تحتم كثير من الجامعات في ظل هذا الاتجاه تدريس على نحو إلزامي بل يجعل بعضها منه مادة اختيارية.

وثالثها: اتجاه وسط تسلكه الجامعات لعربية فتجعل منه مادة الزامية تدرج ضمن مناهج السنة الأولى في الكليات المعنية بدراسة القانون.

#### مدى اهتمام الفكر الإسلامي بهذا العلم:

عني فقهاء الشريعة الإسلامية عناية فائقة بهذا العلم فتناولوا بالبحث المبادئ الأساس للفقه الإسلامي ومصادر هذا الفقه. وضعوا القواعد العامة والأصول الكلية التي يستعان بها



في تفسير النصوص وفي استنباط الأحكام منها وقد عرفت هذه القواعد باسم أصول الفقه، ونسب الفضل في إرساء علم أصول الفقه إلى الإمام الشافعي محمد بن إدريس الذي فصل مبادئه في كتابه (الرسالة) وإن كان قد عالج بعض مباحثه في كتب أخرى. فيبحث في كتابه (اختلاف الحديث، جماع العلم) في مصادر الفقه. وفصل في كتابه (الأم) طرق تفسير النصوص واستخلاص الأحكام منها. ثم عكف الأصوليون من بعده على بلورة هذا العلم والتوسع العميق في مباحثه فكثرت فيه المؤلفات وتنوعت طرق الكتابة فيه<sup>(١)</sup>.

#### نتهجنا في البحث:

وضح مما تقدم أن دراسة علم أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون تتوزع على بحثين: أولهما: بحث في القانون للإلمام بنظريته العامة. ثانيهما: بحث في الحقوق الناشئة عن مختلف العلاقات القانونية بين الأشخاص لرسم نظرية للحق، وسنسير على هذا النهج في البحث. وستكون دراستنا لنظرية الحق عقب الفراغ من عرض نظرية القانون، على اعتبار أن الحقوق وأبداً قواعد القانون، فالحق في نظرنا يقابل الواجب ويرتبط به ارتباطاً وثيقاً والواجب لا يترتب إلا إذا قصت به قاعدة قانونية: فلا يتصور أن يتولد حق أو يترتب واجب إلا بمقتضى القانون وأحكامه.

وستوزع الجزء الذي نخصصه للبحث في نظرية القانون على أربعة أبواب راعينا التسلسل في ترتيبها: أما أولها: فنخصصه للتعريف بالقاعدة القانونية فنحدد فيه معناها ونبين خصائصها ونعرف على معايير التمييز بينها وبين القواعد الاجتماعية الأخرى وسنفرّد الباب الثاني للكلام على مصادر القاعدة القانونية رسمية كانت أو غير رسمية لأنها جميعاً تسهم في تكوينها. ونعرف في هذا الباب على مولد القاعدة وحياتها وفنائها.

وأما الباب الثالث فيختص بالبحث في وظيفة القاعدة القانونية. ونعرف فيه على أغراض القانون ووسائله إلى إدراكها ومدى تأثير هذه الأغراض بالتيارات الفكرية والتظيم السياسية والقيم الاجتماعية. وسنخصص الباب الرابع لبيان فروع القانون وتباين أنواع قواعده ونعرف فيه على مختلف حقول النشاط القانوني وطبيعة القواعد القانونية التي تحكم كل حق.

(١) انظر في المقارنة بين علم أصول القانون وعلم أصول الفقه الإسلامي عبد الباقي البكري المدخل لدراسة القانون والشرعة الإسلامية ص/ ٢٢.

33

# القِسْمُ الأولُ

## نَظَرِيَّةُ القَانُونِ



## الباب الأول

### التعريف بالقاعدة القانونية

الفصل الأول: معنى القاعدة القانونية وضرورتها.

الفصل الثاني: خصائص القاعدة القانونية.

الفصل الثالث: التمييز بين القاعدة القانونية وبين غيرها من القواعد الاجتماعية.

### تقسيم البحث:

إن التعريف بالقاعدة القانونية يقتضي تحديد معناها أولاً وبيان خصائصها ثانياً: حتى إذا ما فرغنا من ذلك وجب علينا التمييز بينها وبين القواعد الاجتماعية الأخرى تمييزاً يجرنا إلى البحث في صلتها بهذه القواعد.

ولذلك يحسن بنا تقسيم هذا الباب إلى فصول ثلاثة: نعتد أولها لتحديد معنى القاعدة القانونية ونقردها ثانياً لبيان خصائصها، ونخصص ثالثه للتمييز بينها وبين سواها من القواعد الاجتماعية.

— — — — —

— — — — —

— — — — —

— — — — —

— — — — —

— — — — —

— — — — —

— — — — —

— — — — —

— — — — —

— — — — —

— — — — —

— — — — —

— — — — —

— — — — —

— — — — —

— — — — —



## الفصل الأول

### معنى القاعدة القانونية:

#### مضمون البحث:

يلزمنا لكي نحدد معنى القاعدة القانونية أن نعرف أصل لفظ القانون وأن نتيقن معنى لغة واصطلاحاً، وتحديد معنى سيسرفنا إلى التمييز بين مصطلحه وبين مصطلحات قانونية أخرى من جهة، وإلى الكلام في مدى ضرورته في الحياة الاجتماعية من جهة أخرى، ولذلك سنوزع هذا الفصل على ثلاثة مباحث.

#### المبحث الأول

#### أصل لفظ القانون ومعناه لغة واصطلاحاً

##### أصل لفظ القانون:

اختلف الكتاب في تحديد أصل هذا اللفظ، فذهب الرأي الغالب إلى القول أنه ليس عربي الأصل وإنه دخيل على لغتنا، وذهب البعض إلى القول أنه عربي الأصل مادة وشكلاً<sup>(١)</sup> بدليل عدم إدراج هذا المصطلح فيما وضعه الكتاب العرب من مجموعات للألفاظ المستعربة بالرغم من شيوع استعماله وقتئذ، أما من حيث مادته، فأصله لفظ (قن) ويعني تتبع أخبار الشيء للإمعان في معرفته وأما من حيث شكله فهو من صيغة (فاعول) العربية التي تدل على الكمال وبذل الجهد.

ومن نسيب إلى أصل أجنبي اختلف مع غيره في تحديد أصله فذهب أكثر الكتاب إلى القول أنه مستقى من كلمة (Kanon) التي تعني القاعدة أو التنظيم.

وهي كلمة لاتينية اقتبس منها الفرنسيون كلمة Canon فاصدين بها قرارات المجامع الكنسية. وأخذها الإنجليز فأطلقوها على القانون الكنسي (Canonlaw) وحده غيرهم من الكتاب أصلاً آخر له قيل: إن أصله رومي وقيل: إنه فارسي الأصل، ونسبه فريق إلى اللغة

(١) عبد الله النعشدي. علم أصول القانون ص ٢٠.

الشرائية، كما نسبة فريق أخرى إلى اللغة العبرية، ولكل فريق حججه في دعم وجهة نظره؛ وواضح أن هذا الخلاف في أصل اللفظ لا ينطوي على فائدة عملية، ولذلك لا نتصددى له بالتفصيل أو المناقشة وإن كنا نميل إلى القول أنه عربي الأصل<sup>(١)</sup>.

#### معنى القانون لغة ونطاق استعماله في المجتمع الإسلامي:

وسواء كان لفظ القانون عربياً في أصله أم أجنبياً إلا أن استعماله ظل بعيداً عن حقل الروابط القانونية حتى عهد قريب. فقد كان لفظ الشريعة هو المصطلح الذي يطلق على مجموعة القواعد التي تحكم الحياة القانونية في مختلف حقولها، أما اللفظ القانون فقد قصد به فلاسفة المسلمين، وعلماءهم الفاعده المطردة سواء قامت في حقل العلوم الطبيعية أو في مجال العلوم الاجتماعية. فعرفه الفيروز آبادي في قاموسه المحيط بأنه (مقياس كل شيء) واستعمل للإشارة إلى النظام الذي تدير عليه أمور الكون بصورة مطردة بحيث يحتم ترتب نتائج معينة عند توافر شروط خاصة. وشاع استعماله بهذا المعنى اللغوي، فقبل قانون توالي الليل والنهار، وقانون البقاء للأصلح. وقيل أن لكل شيء قانونه الذي يحكمه فقانون الطبيعة هو القوة، وقانون الأخلاق هو الخير، وقانون المنطق هو الحق، ووضع ابن سينا كتاباً في قواعد الطب أطلق عليه اسم (القانون).

وكتب ابن خلدون فصلاً في مقدمته عنوانه (بالاستدلال على ما في الضمائر الخفية بالقوانين الخفية) ومازلنا نستعمل لفظ القانون بهذا المعنى اللغوي. فنقصد به القاعدة التي نتخذ مقياساً لتتبع باطراد وانتظام، ونشير باستعماله إلى وقوع أمر معين بصورة متكررة وعلى نمط واحد كلما توافرات ظروف وشروط خاصة بحيث يبدو الأمر وكأنه يخضع لنظام ثابت، ونطلقه بهذا المعنى على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية الاقتصادية والاجتماعية فنقول قانون الجاذبية وقانون العرض والطلب وقانون كراهام في النقود وقانون أرخميدس.

#### تاريخ تسرب لفظ القانون إلى حقل الروابط القانونية في مجتمعنا:

والواقع أن لفظ القانون لم يتسرب إلى دائرة الروابط القانونية في معظم أقطار المجتمع العربي، التي تبناها لفظ الشريعة، إلا منذ منتصف القرن التاسع عشر بعد أن كان هذا اللفظ يستعمل بمعناه العام في كل العلوم وهو العلاقة الضرورية الثابتة بين الظواهر فقد أقامت الدولة العثمانية

(١) عبد الباقي البكري. المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، ص ٣٤.

حيث أن على سن طائفة من القوانين الوضعية مدفوعة بدوافع شتى، منها ضعفها وضغط الدول الأجنبية عليها، ومنها كثرة الجاليات الأجنبية فيها، ومنها تقدير سلطاتها أن الشريعة الإسلامية لا تفي بجميع الأحكام. وهي قوانين استقت الدولة أحكام قواعدها من قوانين الغرب وأطلقت على كل مجموعة من القواعد التي تحكم ضروباً من ضروب الروابط القانونية اسم القانون، ثم شاع مصطلح القانون في دائرة الروابط القانونية بعد نشوء الدول العربية على أنقاض الإمبراطورية العثمانية وإقدام سلطاتها على سن التشريعات وإصدار القوانين، ثم ازداد هذا المصطلح شيوعاً بعد توضيح الفقه القانوني في هذه الدول ازدهار حركة التأليف فيه. وقد اقتصر معنى المصطلح عند بدء تسريته إلى الحياة القانونية في المجتمع الإسلامي على النصوص الشرعية المدونة. ثم تعددت معانيه في المجتمع العربي واتسع نطاق مدلوله بمرسوخ وشيوع استعماله.

#### معنى القانون اصطلاحاً:

إذا كان مصطلح القانون قد تسرب إلى حقل الروابط القانونية في مجتمعنا في منتصف القرن التاسع عشر ووسع وشاع استعماله منذئذ، إلا أنه لم ينفرد بمعنى واحد محدد بل ظل يعني معنيين اصطلاحاً، أحدهما خاص أو ضيق وثانيها عام أو شامل. أما القانون بمعنى الخاص، فيعني مجموعة القواعد القانونية التي تسنها السلطة المختصة بالتشريع في دولة ما لتنظيم أمر معين، فيقال بهذا المعنى: قانون نزاع الملكية وقانون المرور وقانون ضريبة الدخل، والقانون بهذا المعنى يرادف التشريع وهو القانون المدون الذي تضعه السلطة التشريعية. ويراد بالقانون بمعنى العام، مجموعة القواعد القانونية المرعية في مجتمع ما والمنظمة للعلاقات الاجتماعية فيه والتي يلتزم الأشخاص اتباعها وإلا تعرضوا للجزاء المبادي الذي تفرضه السلطة العامة، والقانون بهذا المعنى مجموعة الأحكام القانونية الملزمة مشرعة من قبل السلطة المختصة أو مستمدة من مصادر أخرى غير التشريع.

ويستعمل مصطلح القانون بمعنى العام للدلالة على مفاهيم متعددة أبرزها مفاهيم أربعة. أولاً: قد يقصد به النظريات والقواعد الكلية والتشريعات المكتوبة دون التقيد بالزمان والمكان، فيراد به علم القانون عندئذ.

ثانياً: قد يستعمل للدلالة على مجموعة القواعد الملزمة والمنظمة للعلاقات الاجتماعية في دولة ما، وهو عندئذ يرادف مصطلح الشريعة في المعنى، كما أن يقال: القانون الفرنسي أو القانون العراقي أو الألماني.

ثالثها: قد يعني مجموعة القواعد القانونية التي ينظمها فرع من فروع القانون في دولة ما. فيقال: القانون المدني العراقي أو القانون التجاري الفرنسي أو القانون الجنائي الإيطالي. رابعها: وقد يراد به فرع من فروع الثقافة القانونية غير مرتبط بدولة ما، فيقال القانون الدولي العام.

يفهم مما تقدم، أن القانون بمعنى الخاص مرادف لتشريع في المعنى وهو القانون المكتوب المشرع الذي يعد نوعاً من أنواع يضمها جنس القانون أي القانون بمعنى العام، ذلك لأن التشريع لا يبدو أن يكون مصدرًا من مصادر ستة للقانون بمعنى الشامل وصورة من صور مست يظهر فيها: هي: العرف والدين والفقه والقضاء ومبادئ العدالة والتشريع، وجدير بالذكر، أن لفظ القانون إذا تصدرته أداة التعريف قصد به في الغالب المعنى العام للقانون: ولعل السبب في انصراف الذهن إلى التشريع عند الإطلاق هو تعاظم أهميته في وقتنا الحاضر وصدور أكثر قواعد القانون في صيغته.

ولما كان لفظ القانون معنيان في لغتنا، لذلك ينبغي التمييز بينهما لتجنب الخلط بين المعنيين ورفع اللبس عن المعنى المقصود باللفظ، ومثل هذا الخلط أو اللبس لا وجزده في اللغات الأجنبية التي استقر فيها مصطلح خاص لكل من المعنيين فيطلق على القانون بمعنى العام فقط (Droit) في اللغة الفرنسية (Law) في الإنجليزية و (Recht) في الألمانية. ويطلق على القانون بمعنى الخاص لفظ (Loi) في اللغة الفرنسية و (Gesetz) في الألمانية، أما في اللغة الإنجليزية فيستعمل مصطلح (Act of parliament) للدلالة على القانون بمعنى الخاص وكذلك لفظ (Statute) الذي يشيع استعماله في المصطلح الأمريكي، كما يلاحظ أن لفظ (Law) قد يستعمل للدلالة على المعنيين معاً، العام والخاص للقانون، في اللغة الإنجليزية.

وإذا كان الخلط بين المعنيين قائماً في لغتنا ولا وجود له في معظم اللغات الأجنبية، فإن ثمة خلطاً آخر يلاحظ في أغلب اللغات الأجنبية، هو الخلط بين القانون وبين الحق الذي سلعت منه اللغة العربية بإفرادها لفظاً معيناً لكل منهما، كما سلعت منه اللغة الإنجليزية التي أطلقت فيها على القانون لفظ (Law) وعلى الحق مصطلح (Right) أما الفرنسيون والإيطاليون والألمان فقد خلطوا بين الاثنين، ذلك لأن كلا من لفظ (Droit) الفرنسي و (Recht) الألماني يعني القانون والحق معاً وقد حاول الفرنسيون تحاشي هذا الخلط باستعمال لفظ يلحق



بالمصطلح لتحديد المعنى المقصود؛ فاستعملوا مصطلح (Droit objectif) للدلالة على معنى القانون ومصطلح (Droit subjectif) لإفادة معنى الحق، ومع أن اللغة العربية تسلم في الأصل من هذا الخلط إلا أن رجال القانون العرب كثيراً ما وقعوا في الخلط بين المعنيين باستعمال مصطلحيهما استعمالاً غير دقيق.

### تعريف القانون:

وما دنا نتصدى للبحث في علم القانون، فإن ما نعني بدراسة هو القانون بمعنى العام وسنعرض بالطبع للكلام في التشريع، أي القانون بمعنى الخاص، على اعتباره صورة من صور القانون ومصدرًا من مصادر أحكامه. وقد عرف الفقهاء القانون بمعنى العام بتعريفات عديدة تتفق في المعنى وإن تباينت في الألفاظ. ونسوق فيما يلي تعريفًا دقيقًا للقانون دون أن نجيد عن المعنى المتفق عليه، فتعرفه بأنه: مجموعة من قواعد السلوك العامة المجردة، المنظمة للعلاقات الاجتماعية بين الأشخاص والمقتربة بجزء مادي تفرضه السلطة العامة على من يخالفها.

### المبحث الثاني

#### التمييز بين مصطلح القانون وبين مصطلحات قانونية أخرى

ترد في لغة القانون طائفة من المصطلحات تطلق على بعض صور القانون أو تحكم جانبًا من جوانب نشاطه في الحياة الاجتماعية، كالشريعة والقانون الوضعي وفرع القانون والمجموعة القانونية والنظام القانوني؛ ولذلك يحسن بنا التمييز بين القانون بمعنى العام بتعريفه الدقيق الذي سقناه وبين معاني هذه المصطلحات،، بعد أن أدر كنا الفرق في المعنى بين القانون بمعنى العام وبين التشريع:

### الشريعة:

تعرف الشريعة بأنها مجموعة القواعد والنظريات القانونية السائدة في دولة معينة أو مجتمع يضم دولاً متعددة تجمعها روابط مشتركة واتجاه متجانس أو هي بتعبير آخر أدق: مجموعة القواعد الشريعة والقواعد القانونية غير المشرعة والنظريات والمبادئ القانونية العامة في مجتمع متجانس مترابط سواء اقتصر على دولة أو ضم عدداً من الدول: والحق أن الشريعة تعني جميع العناصر التي تسهم في إعداد القوانين الوضعية في مجتمع ما؛ ولذلك فهي تعتبر أصلاً للقوانين الوضعية ومصدراً لأحكامها، ومن الأمثلة عليها، الشريعة الرومانية والإسلامية والإنجليزية، والألمانية، والسوفيتية. وإذا تشابهت بعض الشرائع في خصائصها أو في أغلبها جاز النظر إليها كمجموعة يطلق عليها اسم الشريعة.

فيقال: الشريعة الإنجلوسكسونية والشريعة اللاتينية والشريعة الجرمانية والشريعة البلشفية. وكل منها يضم شرائع تسود دولاً عديدة ولكنها شرائع تشابه بعضها في أغلب الخصائص وأبرز الشرائع التي تسود عالمنا المعاصر وتستمد منها القوانين الوضعية في مختلف الدول أحكامها شرائع خمس نشر إليها بإيجاز فيما يلي:

١- الشريعة الإسلامية: التي ستدرس خصائصها في الفصل الدرامي الثاني والتي تزود القوانين الوضعية الصادرة في المجتمع الإسلامي بأحكام يفاوت مداها باختلاف أقطاره.

٢- الشريعة اللاتينية: التي تسود كثيراً من الدول اللاتينية ودول أمريكا الجنوبية وتؤثر في دول أخرى والتي تتميز بأصلها الروماني وباعتقادها على القانون المكتوب.

٣- الشريعة الإنجلوسكسونية: التي تعم المجتمع الإنجلوسكسوني كبريطانيا والولايات الأمريكية وأستراليا وتؤثر في قوانين أمم أخرى رزخت من قبل تحت نير الاستعمار البريطاني. وهي شريعة تتميز بفضالة تأثيرها بالقانون الروماني وباعتقادها في نشوتها وتطورها على الأعراف والسوابق القضائية.

٤- الشريعة الجرمانية: التي تعم ألمانيا والبلاد الجرمانية الأخرى كالنمسا وتتميز بغلبة النزعة المعادية عليها وباعتزازها بالنظريات الجرمانية. وإذا كان تأثيرها بالقانون الروماني يقل كثيراً عن تأثير هذا القانون في الشريعة اللاتينية إلا أنه يفوق تأثيره في الشريعة الإنجلوسكسونية.



٥- الشريعة البلشيفية: التي تسود اتحاد الجمهوريات الموقيتية والدول الأخرى التي تدين بالعقيدة الشيوعية ويسودها النظام الاشتراكي والتي تتميز بروحها المادي وبطائفة من الخصائص تميزها عن الشرائع الأخرى لا مجال هنا للخوض في تفصيلاتها<sup>(١)</sup>.

#### القانون الوضعي:

يقصد بالقانون الوضعي مجموعة القواعد القانونية التي تسود دولة معينة في عنصر ما والتي تفرض الدولة تطبيقها مهما كانت طبيعتها تشريعية أو غير تشريعية وأياً كان مصدرها إرادة صريحة أو ضمنية لأفراد المجتمع أو كانت إرادة الله تعالى، يتبين من هذا التعريف أن القانون الوضعي يتميز بأمرين أربعة:

أولها: أن قواعده تسود مجتمعاً متجانساً له حياته الخاصة ومطابعه المعين وسيادته وهو ما يسمى بالدولة وعليه فإن لكل دولة قانونها الخاص بها.

ثانيها: أنه يعني مجموعة القواعد القانونية التي تسود دولة معينة في زمن معين فهو إذن يتحدد بالزمان والمكان فيقال مثلاً: القانون الوضعي العراقي الحالي والقانون الوضعي الألماني في مطلع القرن العشرين.

ثالثها: أنه يضم مجموعة القواعد القانونية التي تلزم الدولة الناس باتباعها، فيتميز بالإلزامية لقواعده عن طريق ما تملكه السلطة من قوة إجبار مادي تقسرها الأشخاص على التقيد به وعليه فإن الأحكام الدينية التي لا تفرض الدولة على الناس واجب تطبيقها لا تعتبر من القوانين الوضعية.

رابعها: أنه يشمل على القواعد القانونية الملزمة، أيًا كانت طبيعتها أو مصدرها فلكل دولة قانونها الوضعي بصرف النظر عن كون قواعده يادية في صوة تشريع أو عرف أو أحكام قضائية أو إلهية ما دامت الدولة تعمل الناس على اتباعها، ولذلك فإن قواعد الدين تعتبر جزءاً من القانون الوضعي متى اعتبر الدين مصدراً رسمياً للقانون وأصبحت قواعده واجبة الاتباع. يفهم مما تقدم، أن لفظ (الوضعي) يعني في رأينا أن القاعدة موضوعية سلفاً على شكل ثابت معين بحيث يستطيع الناس الإلمام بها وتكييف سلوكهم وفقاً لها، وأن عليهم التقيد بحكمها ولا تعرضوا لجزاء مادي تفرضه السلطة وبذلك نخالف رأي من ذهب إلى القول أن هذا اللفظ يعني أن القواعد من وضع البشر، وإن مدلوله يقابل القانون السبوري

(١) انظر: المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية، عبد الباقى البكري ج ١ ص ٤٢.

الذي هو من وحي الله تعالى أو يقابل القانون الإلهي بصورة أهم الذي هو من صنع قوة عليا غير منظورة وحجتنا فيما ذهبنا إليه أن لفظ (Positif) الذي اقترن به مصطلح القانون يعني في اللغة الفرنسية الإيجابي أو الفعال. ولذلك فإن مصطلح (Droit positif) يشير إلى مجموعة القواعد الإيجابية أو الفعالة أي القواعد الواجبة التطبيق في دولة معينة وزمن معين بصرف النظر عن مصدر هذه القواعد أحو ارادة البشر أم ارادة تسمو عليها، ولكن اللفظ ترجم إلى اللغة العربية ترجمة غير دقيقة فترجم لفظ (Positif) إلى مصطلح «الوضعي» في اللغة العربية مما حمل كثيرًا من الفقهاء والشراح العرب إلى الاعتقاد بأن مصطلح (Droit Positif) يعني ما وضعه البشر من قواعد قانونية ليقابل ما يستمد من وحي الله تعالى وما يستمد من مصدر الدين غير السماوي من أحكام وعقائد.

### فرع القانون والمجموعة القانونية:

يقصد بفرع القانون مجموعة القواعد القانونية التي تحكم حقلاً من حقول الحياة الاجتماعية وتنظم روابط ذات طبيعة واحدة، كالقانون التجاري والقانون العقابي والقانون الدستوري والقانون الدولي العام. لأن كلا منها يحكم جانباً من جوانب الحياة الاجتماعية وتنظم قواعد روابط من طبيعة سواء. فالقانون التجاري يهيمن على الحياة التجارية، وهكذا الأعمال التجارية ومنطقاً للروابط بين التجار، والقانون العقابي يحكم الحقل العقابي منطقاً علاقة الفرد بالدولة من حيث الأفعال المنهي عنها ومحدد ما يترتب على اقترافها من عقوبات. والقانون الدولي العام يشيد حقل العلاقات الدولية وينظم الروابط بين الدول في حالات الحرب والسلام والحياد ولا يقتصر فرع القانون في معناه ونطاقه، على مجموعة القواعد القانونية التي يضمنها التشريع، وإنما ينصرف إليها وإلى ما يتعلق بها من آراء فقهية ومقرارات قضائية وقواعد مستمدة من مصادر رسمية أخرى للقانون كالعرف.

أما المجموعة القانونية (CODE) فتعني نصوص القانون المشرعة التي تحكم حقلاً من حقول الحياة الاجتماعية الذي تسم روابطه بوحدة طبيعتها. فيقال، المجموعة المدنية والمجموعة التجارية والمجموعة العقابية.

يتضح مما تقدم، أن الفرع والمجموعة يشابهان من حيث أن قواعد كل منهما تحكم حقلاً واحداً من حقول الحياة القانونية وتنظم روابط متماثلة في طبيعتها إلا أنها يختلفان في المعنى والنطاق. أما من حيث المعنى، فالمجموعة تعني نصوص القانون المدونة وتبدو بصورة

القانون بمعناه الخاص، خلافاً للفرع الذي يشمل النصوص التشريعية والقواعد القانونية المستمدة من المصادر الرسمية الأخرى للقانون ويبدو صورة للقانون بمعناه العام وأما من حيث النطاق، فإن المجموعة تعتبر جزءاً من الفرع الذي يحتمل المجموعة وما يتعلق بنصوصها من أحكام قضائية وآراء فقهية وما يقوم إلى جانب التشريع والفقه والقضاء من قواعد تنبع من مصادر القانون الأخرى.

#### النظام القانوني:

يقصد بالنظام القانوني مجموعة القواعد القانونية المتميزة بالتناسك فيما بينها وبالثبات في تطبيقها، والتي تهدف إلى تحقيق غرض معين مشترك، فهو لا يضم قواعد متباينة عن بعضها من حيث الغرض أو منهالكة على بعضها دون رباط وثيق يشد مجموعها. بل يتضمن قواعد قانونية تحكم وقائع اجتماعية محددة، وتهدف إلى غاية واحدة، وترتبط ببعضها في صورة كيان متناسك ثابت: فيتولى النظام القانوني تنظيم طائفة من العلاقات الناشئة في ناحية من نواحي الحياة الاجتماعية التي تشابه من حيث طبيعتها وتستند إلى أصل واحد. ويمثل كياناً متكاملًا تذوب فيه القواعد التي يتنظمها، وقد وصفه أيرنج بأنه الهيكل العظمي للقانون تحيط به مادته المكونة من القواعد كما تحيط العضلات بالعظام. ومن أمثله نظام الزواج الذي يضم القواعد القانونية الهادفة إلى حكم شأن من شؤون الحياة الاجتماعية هو قيام الأسرة، والرامية إلى تحقيق غرض معين هو تنظيم شؤون الأسرة ودعم كيانها، فتحكم الرابطة الزوجية في نشوئها وصحتها وحياتها وانحلالها وآثارها على نحو يبرز فيه التناسك بين القواعد والتماثل من حيث الغاية، تماسكاً وتماماً تبيته في الأنظمة القانونية كاله.

#### المبحث الثالث

##### ضرورة القانون

من المسلم به، أن الإنسان كائن اجتماعي بطبيعته، لا يمكن أن يعيش بمعزل عن أفراد جنسه، وأن وجود المجتمع أمر ضروري للإنسان مهما تباينت صورته، أسرته أو دهنًا من الناس أو قبيلة أو مدينة أو دولة. فلكي يولد الإنسان ويتربص لا بد من وجود مجتمع سابق لوجوده فهو وليد اتصال ذكر بأنثى، وهو ربيب أسرته يحتاج في فجر حياته إلى حضانة ورقابة وكفالة. ولكي يعيش الإنسان لا بد من وجود مجتمع يأس فيه إلى أفراد جنسه ويتنفع بمجهوداتهم



ويشبع حاجته بعونهم؛ لأنه أعجز من أن يستقل في حياته لإشباع مختلف حاجاته وهو مدفوع بفطرته إلى العيش مع غيره للتكافل في نطاق الأسرة وللتعاون مع غيره في ضروب النشاط، ابتغاء إشباع الغرائز وتبادل المنافع وإقرار الطمأنينة. أما الإنسان الفرد المنقطع عن غيره الذي تصوره بعض الفلاسفة كحفي بن يقظان، وروبنسون كروزو، فلا وجود له في عالم الواقع لأن الإنسان الذي يعيش بمعزل عن البشر لا يكون من جيلة البشر، أو هو كما قال أرسطو: لا يمدد عند افتراض وجوده، أن يكون وحشاً أو إنثاً.

ولما كان وجود المجتمع ضرورياً فلا بد من نشوء العلاقات الاجتماعية بين أفراد. ذلك لأن الفرد في اتصاله الدائم بأفراد جنسه سيدخل حتماً في علاقات شتى يرتبط وإياهم بها، ومتى وجدت هذه العلاقات اقتضت الضرورة نشوء قواعد تنظمها للتوفيق بين المصالح المتعارضة ولتحقيق الانسجام بين مختلف ضروب النشاط لمختلف الأفراد؛ ذلك لأن ترك تسوية العلاقات وتنظيم الروابط الاجتماعية للأفراد أنفسهم يقضي إلى الفوضى وانعدام الاستقرار، لأن الفرد يصدر في تصرفاته عن غريزة حبه لذاته، وإذا ترك الأمر له والسلوك وفقاً لمشيئته غلب مصلحته على مصلحة غيره، وعندئذ تكون الغلبة للأقوى، وتصبح القوة هي الحكم الفصل في تسوية العلاقات، ولا يخفى المجتمع من ذلك غير الاضطراب والفوضى، وتصدق في وصف هذه الحياة عبارة الفيلسوف الفرنسي بوسويو (Bossuet): حيث يملك لكل فعل ما يريدون لا يملك أحد فعل ما يريد، وحيث لا مسود فالكل سيد، وحيث الكل سيد فالكل عبيد، وقد قام القانون بمهمة تنظيم الحياة الاجتماعية واستئصال أساليب الفوضى في المجتمع وحكم العلاقات بين الأشخاص، فتولت قواعده تحديد ما للفرد من حقوق وما عليه من واجبات للحيلولة دون التعدي والتصادم ورسمت لكل فرد حداً لا يتجاوزه في التمتع بحريته لتفهم للجميع قدرًا من الحرية ومجالاً للنشاط، وهي إذ تفعل ذلك تفعل ذلك إنما تشجع في العلاقات الاجتماعية روح النظام والاستقرار وتضفي على المجتمع جوًّا من الوفاق والتعاون بين أفراد. يتضح مما سبق، أن المجتمع إذا كان ضرورياً لحياة الإنسان فإن القانون ضروري لقيام المجتمع، وإنه حينما يوجد المجتمع أيًا كانت صورته يوجد القانون معها كان مظهره؛ ذلك لأن المجتمع يعني الهيئة المنظمة المكونة من الأفراد، والتي يبدو النظام ركناً فيها فلا تقوم إلا بتوافرها، ولما كان النظام يعني سير الأمور على نسق متجانس مطرد ثابت فإنه لن يتحقق إلا إذا وجدت قواعد موضوعه مسلماً يستهدي بها الأفراد في سلوكهم ويلزمهم احترامها ولو بالقسر عند الاقتضاء.

وإذا كان القانون ضروريًا لقيام المجتمع فإنه ضروري لتطوره وتقدمه؛ ذلك لأن المجتمع لا يفتح بحفظ كيانه لضمان بقائه، وإنما يهدف أبدًا إلى تحسين وضعه ورفع مستواه، فالتشبيث بالبقاء إذا كان من طبيعة البشر، فإن الميل إلى الارتقاء من جهته. ولا يتحقق التقدم إلا بعون قواعد القانون التي ترسم خطة يسير المجتمع بمقتضاها ويلتزم باحترامها ويضحي من أجلها لإدراك غايتها. وهي غاية تحقق للمجتمع تماسك الكيان وأسباب الارتقاء ودواعي الرفاء، نخلص مما تقدم إلى القول، أن القانون وليد الحياة الاجتماعية وأنه يلازم المجتمع في نشوئه ويسايره في تطوره وتقدمه. فهو الحفيظ على كيانه من التصدع، الرافق له من الفوضى والأخذ بيده في مضمار التقدم. واستقرار التاريخ يدلنا على أن القانون اتخذ شكل قواعد يقررها المجتمع منذ تكوينه لتنظيم العلاقات بين أفرادهِ ويسمى عندئذ عرفًا. حتى إذا ما تعقدت الحياة وتقدمت أو أريد لها تقدمًا ظهر في صور أخرى قد تكون أحكامًا دينية أو نصوصًا تشريعية أو آراء فقهاء أو مقررات قضائية أو قواعد مستمدة من مثل عليها هي مبادئ العدالة والحق، إن القانون أبدًا كان مظهره لا غنى عنه في أي مجتمع، وإذا كان وجوده ضروريًا في المجتمع القديم للتوفيق بين المصالح المتعارضة والحماية كيان المجتمع من الضحك الداخلي والعدوان الخارجي فإن وجوده أكثر ضرورة في المجتمع الحديث ليكون وسيلة للحفاظ على النظام الاجتماعي وطريقًا للخدمة العامة وأداة لإدراك القيم الإنسانية وسبيلًا لتحقيق العدالة الاجتماعية.





## الفصل الثاني

### خصائص القاعدة القانونية

#### تعريف القاعدة القانونية:

لما كان القانون مجموعة قواعد، فإن القاعدة هي مفردة، وهي الوحدة التي يتكون القانون من مجموعها. وإذا كانت القاعدة أياً كانت طبيعتها، تعني لغة التنظيم، وتشير إلى النظام الذي تسير عليه الأمور على نسق متماثل مطرد يحتم ترتيب حدث معين كلما توافرت ظروف خاصة، سواء كان ذلك في حقل العلوم الطبيعية أو في دائرة العلوم الاجتماعية فإن في الوسع تعريف القاعدة القانونية بأنها: خطاب موجه إلى الأشخاص بصرف النظر عن مصدره، يشعر بترتيب نتيجة معينة على حدوث واقعة معينة ابتغاء خضبط النظام في المجتمع وتحقيق الانسجام بين روابطه. ومع ذلك فإننا نعرف القاعدة القانونية بتعريف آخر يبدو أكثر دقة تستقي من فكرة القانون التي استخلصنا منها تعريفاً له بمعناه العام. ففكرة القانون التي أوجدها ورسمت معالمها ضرورته تقوم على أساسين. أولهما: التلازم بين القانون وبين المجتمع مما يحتم أن تكون قواعده قواعد سلوك اجتماعية عامة مجردة منظمه كآية قاعدة تحدد سلوك الشخص وتنظم علاقته بغيره من الأشخاص في المجتمع وتتميز بعموميتهما وتجريدهما. وثانيهما: التلازم بين القانون وبين الجزاء، على نحو يحتم لإدراك غايته في الحياة الاجتماعية، الخضوع لأحكامه وحل الناس على اتباعه عن طريق القوة المادية التي تملكها السلطة العامة في المجتمع وتحدد بها من يخالف قواعده. ولذلك فإننا نعرف القاعدة القانونية في هدى فكرة القانون بأنها: قاعدة سلوك اجتماعية عامة مجردة ملزمة تنظم الروابط بين الأشخاص في المجتمع.

#### بيان خصائص القاعدة القانونية:

وإذا أمعنا النظر في التعريف الذي سبقناه للقاعدة القانونية والذي استقيناه من أساس فكرة القانون امكنتنا أن نستخلص منه خصائصها. فهي تنصف بالخصائص الآتية:  
أولاً: إنها قاعدة سلوك اجتماعية، لأنها لصيقة بالمجتمع ولا غنى عنها فيه، ولأنها تحدد سلوك الأفراد وتقرضه عليهم.

ثانيًا: أنها قاعدة عامة مجردة تشجع روح النظام في المجتمع.  
ثالثًا: أنها تتوجه بخطابها إلى الأشخاص في المجتمع لتتولى تنظيم روابطهم.  
رابعًا: أنها قاعدة ملزمة تتبع قوتها الملزمة مما تقتضيه من جزاء مادي تفرضه السلطة العامة على من يخالفها.

وإذا كانت دراسة القاعدة القانونية تعتبر أحق مسائل علم القانون بالأولوية في البحث فإن الإلمام بخصائص القاعدة القانونية يعتبر نقطة الانطلاق في دراستها، ولذلك فإننا نبدأ بحثنا بتفصيل هذه الخصائص على التوالي في مباحث متعاقبة، إلا أن مما يجدر الإشارة إليه قبل التلويح في التفصيل، أن من هذه الخصائص ما لا تنفرد به القاعدة القانونية بل تنصف به القواعد القانونية وإنما تشاركها فيه سائر القواعد الاجتماعية كحكم سلوك الأشخاص في المجتمع. غير أن من هذه الخصائص ما تنصف به القاعدة القانونية وحدها وتميز به عن غيرها من القواعد الاجتماعية وهو الإلزام النابع من الجزاء المادي الذي تقتضيه القاعدة القانونية وتهدد به السلطة العامة وتقرضه على من يخالفها.

## المبحث الأول

### القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعية

نوصف القاعدة القانونية بأنها قاعدة اجتماعية لأن الحاجة إليها لا تلمس إلا إذا وجد مجتمع يعيش فيه الناس وينشطون ويدخلون مع بعضهم في روابط شتى ابتغاء تنظيم الحياة فيه عن طريق ضبط النظام وتحقيق الانسجام، على النحو الذي فصلناه في تبييننا عن ضرورة القانون. فهي إذن لا تنشأ إلا إذا وجد المجتمع أيًا كان شكله وإذا كانت الدولة هي الشكل السياسي لمجتمع المعاصر، فإن ذلك لا يعني ارتباط وجود القاعدة القانونية بوجود الدولة. فهي أقدم من الدولة وجودًا عرفت المجتمعات القديمة وهي في شكل أسرة أو روط أو قبيلة أو مدينة قبل أن ينشأ المجتمع المنظم تنظيمًا سياسيًا وهو الدولة وعرفها المجتمع القديم في صورة عرف أو دين قبل وجود الدولة وبروز التشريع.

ويتربى على وصف القاعدة القانونية بأنها اجتماعية أمران. أولهما، الصلة الوثيقة بين القانون وبين سائر العلوم الاجتماعية؛ ذلك لأن كلاً من هذه العلوم وليد الحياة الاجتماعية

ومعنى بتنظيمها، وكل منها يؤثر في الآخر ويتأثر به وقواصدها جميعاً تتداخل وبعضها من حيث النطاق وتشابك من حيث الغرض إلى مدى ما.

وثانيهما: تخصيص القانون بالزمان وبالمكان ذلك لأن القانون في نشوئه وفي تطوره يستجيب لظروف المجتمع وحاجاته، ويعكس أوضاعه ومشاعره، ولما كانت العوامل المادية والمعنوية التي يحين القانون في تطوره ثمره تفاعلها تباين من مجتمع إلى آخر وتغاير بعزور الزمن، لذلك أصبح لكل مجتمع قانون وضعي يختص به، وأضحى تناول أحكام القانون بالتعديل والتغيير أمراً لا مفر منه عند تغاير المثل الاجتماعية وتباين الأوضاع المادية غير العصور وتعني القاعدة القانونية برسم سلوك الأشخاص في المجتمع وتكليفهم بلزوم التقيد بها رسمت وهي في رسمها السلوك لا تقرر ما هو كائن وإنما تحدد ما ينبغي أن يكون. أي أنها لا تعكس واقع سلوك الفرد وإنما ترسم ما يجب أن يكون عليه وفقاً لما تهدف إلى إدراكه من مثل وقيم.

وهي في ذلك تختلف عن القواعد الطبيعية لأن القاعدة التي تحكم ظاهره طبيعية تقرر أمراً واقعاً لا يرد عليه استثناء وتنبئ عن حدث محتمل كلما توافرت أسبابه وظروفه وبسبب ما تقدم توصف القاعدة القانونية بأنها قاعدة تفريقية، أي أنها تقوم سلوك الفرد بفرض ما ينبغي أن يكون عليه، وتحدده في ضوء غايتها وتخضعه لسلطانها. أما القاعدة الطبيعية فتوصف بأنها قاعدة تفريقية، أي أنها تقرر أمراً واقعاً لا سلطان لأحد عليه ولا غلظ غير التعبير عنه. وما تحدده القاعدة من سلوك لا تتوجه به إلى الأشخاص على محمل النصيح والندوة. وإنما على سبيل الأمر أو التكليف فهي تفرضه وتكلف الناس باتباعه دون أن تدع لأحد حرية مخالفته وتختلف في ذلك عن قواعد الأخلاق التي يتطوي بعضها على ما ينبغي على الإنسان التحلي به من قيم تهدف إلى السمو النفسي على سبيل التفضيل والترغيب.

وما نفقي به القاعدة من تكليف يكون تكليفاً مطلقاً لا تكليف شرطياً. والتكليف المطلق هو ما لا يترك للمكلف خياراً بين الطاعة وبين عمل الجزاء، أما التكليف الشرطي فيعني تكليفاً يتخذ وسيلة معينة يوجه إلى من يريه بلوغ نتيجهها المعينة. فالقاعدة التي تصد عقوبة السرقة تتضمن تكليفاً مطلقاً لا يكون الجزاء فيها شرطاً للتكليف، فهي لا تترك للشخص خياراً بين الامتناع عن السرقة وإطاعة التكليف وبين الحق في ارتكاب جريمة السرقة وتحمل الجزاء، وإنما يرد التكليف على الجميع سواء من نوى منهم إطاعتها ومن قصد مخالفتها؛ ويكون الجزاء عندئذ وسيلة لاحترام التكليف بعد فرضه ويتربى على مخالفته والقول بغير ذلك ينطوي إلى نتيجة لا يفرضها القانون وثأبها طبيعة المخالفة؛ لأن القول بالخيار بين التكليف وبين تحمل الجزاء إذا

اعتبر الجزاء شرطاً للتكليف، مؤد إلى حرية مخالفة القانون وإلى تعذر وصف المخالفة بأنها عمل غير مشروع، وفي ذلك يختلف القاعدة القانونية عن القاعدة الطبيعية التي تنطوي على تكليف شرطي: فالقاعدة الطبيعية التي تقرر أن الماء يغلي في درجة حرارة معينة لا تنطوي في الأصل على تكليف بشيء غير أن على من يريد أن يغلي الماء رفع الحرارة إلى درجة الغليان، وبذلك تكون إرادته النتيجة شرطاً للتكليف ويلاحظ أن التكليف المطلق الذي تفرضه القاعدة القانونية ينصب على الكافة أفراداً أو رجال السلطة العامة إلا أن رجال السلطة يتحملون تكليفاً مطلقاً إضافياً يفرغ من التكليف الأصلي لضمان احترامه هو توقيع الجزاء على مخالفة.

وما تنطوي عليه القاعدة القانونية من تكليف بسلوك معين قد يستفاد منها صراحة وقد يستخلص فرضها للسلوك ضمنيًا. فيستفاد التكليف صراحة إذا أوجبت صيغتها بأنها تفرض سلوكاً معيناً، كأن تتضمن القاعدة إباحة فعل كالقاعدة التي تقرر الحريات العامة لأفراد الشعب أو تتضمن أمراً بفعل كالقاعدة التي تلزم المتعاقد بتنفيذ التزاماته، أو نهيًا عن فعل كالقاعدة التي تنهى عن ارتكاب الجريمة الجنائية وتحدد عقوبة ارتكابها. ويستخلص التكليف ضمنيًا، إذا كانت صيغة القاعدة لا توضح بفرض السلوك ويغنى التكليف فيها لأنها لا تتضمن إباحة أو أمراً أو نهيًا إلا أن التكليف يستفاد من مضمونها. كالقاعدة التي تحدد سن الرشد والقاعدة التي ترسم إجراءات التقاضي فيها يغنى التكليف ولكنه يستتج عما تنطويان عليه من مضمون استنتاجي ذلك لأن القاعدة الأولى تعني أن كل من لم يبلغ سن الرشد يعتبر قاصرًا وعلى الناس مراعاة ذلك في معاملتهم معه لاحتمال تعرض حقوقهم للضياع ولأن القاعدة الثانية تفيد أن على التقاضي واجب مراعاة هذه الإجراءات وإلا ملعن في حكمه وأن على المتقاضين واجب استيفائها وإلا خسروا دعواهم، وتسمى القواعد التي يستخلص فرضها للسلوك بالقواعد المقررة، لأنها تقرر أحكاماً معينة عند توافر شروط خاصة دون أن تحيي في صيغتها أمر أو ناعية أو منعية قد يدق تصور التكليف في طائفة أخرى من القواعد تسمى بالقواعد المفسرة أو المكملة للإرادة. وهي القواعد التي لا يعمل بأحكامها عند الاتفاق على خلافها كالقاعدة التي تقضي باستحقاق الوفاء بالثمن في مكان تسليم المبيع والقاعدة التي تفرض على المؤجر إجراء الترميمات الضرورية في العين المؤجرة أثناء مدة الإجازة، اللتين يبرز اتفاق المتعاقدين على استبعاد تطبيقهما والواقع أن هذه القواعد لا تخلو من التكليف وهو تكليف غير صريح إلا أنه يقتصر على من لا يتفق على استبعادها فإن استبعدت باتفاق الطرفين أمهل العمل بها ونحصر الطرفان عما تنطوي عليه من تكليف وتلك قواعد القانون في رسمها سلوك الأشخاص في المجتمع سبيلين:



أحدهما سلبي، وثانيهما إيجابي. أما السلبي فتسلطه طائفة من القواعد التي تفرض على الأشخاص واجب الامتناع عن أفعال تلحق بالغير ضرراً أو تعرقل نشاطه وتسمى بالقواعد المانعة أو الواقية كالقواعد التي تحرم كلا من القتل والامتناع عن تسليم المبيع والبناء على مقربة من ملك الجار. وأما السبيل الثاني: فتتهجة جملة من القواعد التي تحث الأفراد على التضحية لمصلحة الآخرين وتحفزهم للإسهام في تكوين الغير من شق طريقه في الحياة ابتغاء لتحقيق التوازن والوئام الاجتماعي: كالقاعدة التي تفرض على الابن الإنفاق على أبيه المعوز أو التي تفرض الضرائب على الثروات المكتسبة لتكوين مورداً للدولة وتسمى هذه القواعد التي أخذ عددها بالكثير ودورها بالمتاظم في المجتمع المعاصر بفضل تسمي الوعي الاجتماعي بالقواعد الحافزة.

يفهم مما تقدم أن القاعدة القانونية تنطوي أبداً على رسم سلوك معين وتكليف مطلق للناس باتباعه، وأن غرضها من ذلك الحد من نشاط الأشخاص إقراراً للنظام في المجتمع وتحقيقاً للتسجام والوئام فيه. سواء بأن التكليف والأمر صريحاً في الصيغة أو استخلص من المعنى، وسواء كانت القاعدة أمرة أو مفسرة أو مكملة للإرادة وسواء وقف القائلون بحيل سلوك الناس موقفاً سلبياً أو تملك سلباً إيجابياً: وعني عن الذكر، أن وصف القاعدة القانونية بأنها قاعدة سلوك اجتماعية صفة لا تفتكرها قواعد القانون بل توصف بها جميع القواعد الاجتماعية الأخرى كقواعد الدين وقواعد الأخلاق: لأن القواعد الاجتماعية كافة وليدة الحياة في المجتمع لصيقة به، ولأنها جميعاً تفرض على الناس سلوكاً معيناً وتحاول في فرضها تقويمه.

## المبحث الثاني

### القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة

لما كانت القاعدة القانونية تهدف إلى إقامة النظام وتحقيق الاستقرار والعدل في المجتمع فإن ذلك لا يمكن إدراكه إلا إذا اتسع حكمها ليشمل جميع ما تواجهه من فروض وليستوعب في التطبيق مختلف الحالات الفردية التي يستحيل حصرها والتي توجد في الحال وفي الاستقبال، ولكي تكون كذلك ينبغي أن تكون عامة مجردة. والعومية والتجريد صفتان متلازمتان، بل هما وجهان لخاصة واحدة وإن أمكن القول أن التجريد يتعلق بالفرض الذي تنفذه القاعدة القانونية وإن العمومية تتعلق هل تطبيق الحكم الذي يرتبه القاعدة على

الفرض لأن القاعدة القانونية تنحصر في عنصرين هما الفرض والحكم.

أما العمومية فتعني إلى القاعدة القانونية تصاغ بصفة تعميم تستوعب بها ما تواجهه من فروض وحالات غير متناهية، فلا تتناول بالذکر شخصاً معيناً باسمه وفعلاً محدداً بذاته بل تحدد ما يجب تحققه من صفة في الشخص لتطبيق عليه وما يجب استيفاءه من شروط في الفعل ليسري عليه مضمونها فهي لا تستهدف في التطبيق شخصاً بعينه أو فعلاً بذاته بل تنطبق على كل من توافرت فيه شروط انطباقها.

وتكون القاعدة عامة متى انطبقت على أفراد المجتمع كافة. فالقاعدة التي تعاقب السارق بالحبس والقاعدة التي تنظم المرور في الطرق العامة والقاعدة التي تحدد التزامات البائع والمشتري في عقد البيع قواعد عامة لا تنصرف حكمها إلى الكافة بصرف النظر عن الجنس والاسم والمركز؛ غير أن عمومية القاعدة لا تقتضي وجوب سريان حكمها في حق الناس جميعاً، لأن العبرة ليست بعدد من تتوجه إليه القاعدة بخطابها وإنما بصفة من تنصرف إليه.

فقد تكون القاعدة عامة وإن اقتضت في التطبيق على فئة من الأشخاص أو على طائفة من الأعمال تعينت بمجموعة أوصاف أو شروط؛ فالقواعد التي تنظم ممارسة مهنة الطب أو الحمامة أو التي تنظم شؤون العمال أو التي تسري على الطلبة أو العسكريين أو التجار قواعد عامة وإن انطبقت على فئة من الأشخاص ما دامت هذه الفئة محددة بالوصف فهي تسري على كل من انصف بصفة الطبيب أو المحامي أو العامل أو الطالب أو العسكري أو الشاجر، دون أن تتوجه بالتكاليف إلى أشخاص معينين بالذات والقواعد التي تحكم إصابات العمل أو التي تحكم حوادث الدهس قواعد عامة وإن انصبت على طائفة من الأعمال، ما دامت هذه الأعمال لم تحدد بعينها وإنما بمجموعة شروط تطلبت القاعدة توافرها لسريان حكمها فتحقق فيها. وقد لا تنطبق القاعدة إلا على شخص واحد وتعتبر عامة، متى كان هذا الشخص مقصوداً بوصفه لا بذاته؛ فالقاعدة التي تحدد حقوق رئيس الجمهورية أو صلاحيات رئيس الجامعة قاعدة عامة وإن سرت على شخص واحد، لأنها لا تنطبق عليه باعتباره ذاتاً معينة وإنما لانصافه بصفة تعلق بها حكمها، فهي تسري عليه وعلى كل من انصف بصفته وتبشيراً مركزه من بعده يتضح مما تقدم أن القاعدة تكون عامة متى انصرف حكمها إلى جميع الأشخاص في المجتمع أو إلى فئة منهم توافرات فيهم ما حددته القاعدة من صفة خاصة أو إلى واحد منهم قصدته القاعدة بصفته لا بذاته فانصف بالصفة التي تعلق بها حكمها.



أما إذا تعلق حكم القاعدة بشخص معين باسمه أو اختص بحالة معينة دون سواها، فإن صفة العمومية تزألها وتنتفي منها، فلا تعتبر قاعدة قانونية بل ولا يصح اعتبارها قاعدة؛ لأن العمومية من صفات القاعدة أياً كانت طبيعتها، وإنما تطلق عليها تسميات أخرى تختلف باختلاف مصادرها، فقد تسمى قراراً أو أمراً وغيرها من التسميات كإصدار الصادر من السلطة المختصة بفصل موظف أو بتعطيل صحيفة، وكالامر الصادر من مجلس بلدي بهدم جدار يكاد أن ينقض، وكالحكم القضائي الصادر من محكمة بإلزام شخص معين بدفع تعويض لشخص آخر ألحق به ضرراً.

وجدير بالذكر أن من فقهاء القانون الخاص من رأى أن صفة العمومية ليست صفة جوهر في القاعدة القانونية وأن افتقادها في قاعدة لا يوجب استبعادها من دوائره القانون؛ وقد احتجوا في ذلك بما أقدم عليه بعض المشرعين من إصدار قوانين تتعلق بشخص معين بذاته كمنح راتب تقاعدي لشخص معين بالاسم أو تتعلق بفعل محدد بعينه كتفرض لبناء سكة حديد ولكن أغلب فقهاء القانون الخاص لم يقر هذا الرأي إذ تعتبر العمومية في نظرهم من الخواص الأساس في القاعدة القانونية، وراء أن ما صدر من المشرعين مما يتعلق حكمه بشخص معين بذاته أو بفعل محدد باسمه لا يعتبر قانوناً في صورة تشريع وإن حمل اسم القانون وصدر من السلطة التشريعية ونشر في جريدة الدولة الرسمية لأنه يفتقد العنصر الموضوعي في التشريع وهو خصائص القاعدة القانونية ومنها العمومية وإن توافر فيه العنصر الشكل أي إجراءات سن التشريع ونفاذه. ولذلك فهم يطلقون عليه اسم المعسل التشريعي<sup>(١)</sup> الذي هو نوع من الأوامر وإن تميز عنها بصدوره من السلطة التشريعية.

وذهب بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup> إلى القول أن الصفة التي يتعلق بها حكم القاعدة يجب أن تنطوي على إمكان تطبيق القاعدة في الحال وفي الاستقبال كي يكون حكمها دائماً يسري على عدد غير محصور من الأشخاص أما إذا اتخذت الصفة في القاعدة مستأزاً يخفى وراءه طائفة من الأشخاص المعينين بذواتهم وكانت وسيلة لتيسير حصرهم، فإن صفة العمومية تنتفي منها ولا تعد عندئذ في رأيهم قاعدة قانونية وإنما تعتبر قراراً أو أمراً!

ومن الأمثلة على هذه القرارات والأوامر التي تحمل اسم القانون بغير حق في رأيهم

(١) منهم: كايانان وكولان لنظر محمد كامل مرسي وسيد مصطفى في أصول القوانين ص ١٩٠.

(٢) انظر حسن بنسادي الدخيل للعلوم القانونية ص ١٨.

القوانين التي تقتضي بزحف الراضين من الطلبة في عام دراسي معين واعتبارهم ناجحين إلى صفوف أعلى والقوانين التي تصدر بتوقيع المغيوبين من الموظفين في تاريخ معين وترفعهم إلى درجات أرقى. ذلك لأن هذه القوانين وإن اعتدت في ظاهرها بالصفة لا بالذات كصفة الطالب الراسب وصفة الموظف المغيوب. إلا أنها اتخذت من الصفة وسيلة التحديد وتوجهت في الحقيقة إلى أشخاص محددين بذواتهم ويمكن حصرهم بوسيلة الصفة التي حددتها وبذلك فإن تطبيقها يقتصر على الحال دون أن يستند إلى الاستقبال على نحو ينفي صفة العمومية منها. ونرى أن الأمر منوط بالنظر إلى طبيعة القانون، فإن اعتبر مشيئة صادرة من سلطة سياسية عليا، وهو رأي تنادي به المذاهب الشكلية، كانت العبرة بمشيئة السلطة وتسميتها لما تصنع، سواء تميز ما وضعته بالعمومية أو اختص بشخص معين بذاته أو كانت الصفة ستارا يخفي طائفة من الأشخاص المعنيين بذواتهم. أما إذا تسيدت المذاهب الاجتماعية أو الموضوعية مجال تحديد طبيعة القانون وجب توافر العنصرين الموضوعي والشكلي ولزم تحقق العمومية بمعناها الدقيق فيما تضعه السلطة كي يعتبر قانونا. وتقوم بين القاعدة القانونية وبين كل ما يتضمن تكليفا خاصا أو حكما لواقعة معينة بالاسم مما اصطلاح على تسميته بالأمر أو القرار والحكم فروق ثلاثة: أما أولا فقد تولينا تفصيلا فيما سبق وهو تميز القاعدة القانونية بالعمومية أي بريان حكمها في الحال وفي المستقبل على عدد غير محصور من الأشخاص والحالات الذين تتراعى فيهم ما تحدده من صفات أو شروط، وتعلق حكم القرار وأشباهه بأشخاص معينين بذواتهم أو بوقائع محددة بأسمائها مما يجرده من صفة العمومية وثانيها أن القاعدة القانونية لا تستنفذ قوتها إذا طبقت مرة على شخص ما أو على واقعة معينة، وإنما يتكرر العمل بها كلما توافرت شروط تطبيقها في الحال وفي المستقبل ويسري مفعولها على جميع الحالات المتماثلة ما دامت قائمة نافذة أما القرارات والأوامر وأشباهها فتفقد قوتها بمجرد تطبيقها مرة واحدة على من اقتصر عليه حكمها من الأشخاص أو على ما أنصب عليه مفعولها من الوقائع ولا يمكن أن يتجدد العمل بها. أما الفرق الثالث فهو أن القاعدة القانونية تعتبر أساسا لما يصدر من قرارات وأحكام والتي تعتبر في الغالب تطبيقات لها وإن جاز أن تقتضي بأمر يكون استثناء من حكمها كما هو الشأن في بعض صور العمل التشريعي فالقرار الصادر بعزل موظف يصدر استنادا إلى قانون الخدمة المدنية أو إلى غيره من القوانين، والحكم الصادر من القضاء يجيء تطبيقا لقواعد القانون المدني أو لغيرها من قواعد القانون، والأعمال

التشريعية قد تبدوا تطبيقاً لقواعد القانون وقد تصدر لامتناء وضع معين من حكمها. أما التجريد وهو الصفة اللازمة للعمومية فيعني في رأي بعض الفقهاء<sup>(١)</sup> تحرر خطاب القاعدة القانونية من الميل والحوى وعدم إثارها شخصاً معيناً أو سعيها لحماية وضع معين، كقضيان ضد الانحراف والتحكم، إلا أننا لا نرى هذا الرأي بل نعرف التجريد بأنه: سمو حكم القاعدة على التفصيلات وغضها النظر عن الفروق الثانوية في الظروف واعتدادها بالظروف والاعتبارات الرئيسة المشتركة بين مجموعة من الوقائع لكي تطبق عليها جميعاً<sup>(٢)</sup> وحجبتنا فيما نرى أن القاعدة القانونية تصدر لتتوجه بالتكليف إلى أشخاص لا حصر لعدددهم وتحكم حالات غير متناهية في تعدادها، مما يقتضي أن يستوعب حكمها فروقاً واحتمالات لا تقبل الحصر سواء ما كان منها قائماً وقت صدورها أو ما يستجد منها في المستقبل وهذا أمر لا سبيل إلى ضمانه إلا إذا عتبت القاعدة بالوضع الغالب وقدرت ما توجه به من تكليف بمعيار موضوعي لا شخصي والوضع الغالب هو الظروف المشتركة بين مجموعة لا حصر لها من الأشخاص والوقائع والمعيار الموضوعي هو الاهتمام بها بتعلق بعدموم الصفة من ظروف واعتبارات دون الاكتراث بالظروف التفصيلية والاعتبارات الخاصة بشخص معين بذاته أو بواقعة بعينها.

والحق أن التجريد والعمومية صفتان متلازمتان ووجهان لخاصة واحدة من خصائص القاعدة القانونية لا سبيل إلى فصلهما عن بعض ذلك لأن القاعدة القانونية يجب أن تكون مجردة لا تعنى بالتفصيلات ولا تنزل إلى دقائق الظروف لكي تكون عامة. لأنها متى جاءت مجردة مكثرة بالظروف الجوهرية فحسب أمكن انصراف حكمها إلى مجموعة من الوقائع والأشخاص في الحال وفي المستقبل تستعصي على الحصر وكانت العبرة في تطبيقها بعدموم الصفة لا بتخصيص الذات، والواقع أن توافق صفة العمومية في القاعدة وعن بوضعها في صيغة مجردة، لأن تطبيقها على مجموعة متماثلة من الحالات وعلى طائفة من الأشخاص تتشابه ظروفهم، يقتضي ألا تعب القاعدة إلا بالجوهر من الظروف وبالأناس من الاعتبارات التي تحيط بمن يسري عليهم حكمها والتي تقتضي ترثب الأثر القانوني. أما الظروف القانونية والاعتبارات غير الرئيسة التي تلم بالأشخاص والتي لا تؤثر على النتائج القانونية المترتبة على الوقائع فيعني أن لا تكثرث القاعدة بها لكي توصف بالعمومية، لأن اهتمامها بها يجعل

(١) انظر: شمس الدين الوكيل، المدخل لدراسة القانون ص ١٦.

(٢) وتوافق فيما ذهبنا إليه فريقا من الفقهاء، انظر: سليمان مرقس، موجز المدخل للعلوم القانونية ص ١٢.

تطبيقها على مجموعة من الأشخاص أمراً متعلّلاً بنسب استحالة تحقق التشابه بالظروف التفصيلية والاعتبارات الثانوية لأن ذلك يقتضي وضع قاعدة آمرة لكل حالة على حدة ما دام الأشخاص لا يتشابهون فيها ولكل ظروفه الثانوية الخاصة. وعندئذ تبدو القاعدة غير المجردة متوجهة بها تضمنت من تكليف إلى شخص معين بالذات فتتغنى منها صفة العمومية وتخرج من عداد قواعد القانون بل وتخرج عن زمرة القواعد لأن العمومية والتجريد خاصة واحدة تنصف بها القاعدة أيًا كانت طبيعتها ومهما كان مصدرها. وواضح أن التلازم بين العمومية وبين التجريد كما يتحقق بالنسبة إلى الأشخاص الذين توجه إليهم القاعدة بالتكليف يصدق بالنسبة إلى الوقائع التي يتصرف إليها التكليف، فتبدو القاعدة القانونية عامة مجردة بالنسبة إلى أشخاصها وموضوعها معاً.

ويترتب على عمومية القاعدة القانونية وتجريدتها أثران أوليان: الأول: انطوائها على معنى النظام الذي تشيعه في المجتمع وثانيهما: اقتصار هدف القانون على تحقيق العدل وليس تحقيق العدالة. أما النظام: فيعني السير على نسق متماثل مطرد. ويعني الاطراد: التكرار المستمر في التطبيق ويتصرف معنى الاستمرار إلى الثابت في التطبيق لا إلى الدوام ويفيد معنى الثبات السير بمقتضى القاعدة على نحو غير متقطع مادامت قائمة نالدة دون الانحراف عن حكمها وعليه فإن النظام يعني السير على نسق متماثل متكرر غير متقطع في التطبيق. والنظام ينبع من عمومية القاعدة وتجريدتها، لأن هذه الخاصة تفيد توجه القاعدة بالتكليف إلى كل من توافرات فيه صفة معينة من الأشخاص وانصراف التكليف إلى كل حالة تحققت فيها شروط معينة في الحال وفي الاستقبال على نحو لا يقبل الحصر وعلى نسق متماثل وانطباقها على الوقائع المتماثلة ظروفها والأشخاص المتشابهة صفاتها بصورة متكررة متماثلة غير متقطعة يكسيها صفة النظام الذي يفرض منها في الحياة الاجتماعية وصفة النظام هذه هي التي تجمع بين قواعد القانون وبين طوائف أخرى من القواعد تحكم الظواهر الطبيعية أو الظواهر الاجتماعية وهي السبب في إطلاق لفظ القانون على كل طائفة من هذه القواعد. إلا أن اللفظ يطلق على هذه الطوائف من القواعد على سبيل المجاز، وذلك للتباين الواضح من حيث الطبيعة وأكثر الخصائص بين القاعدة القانونية وبين غيرها من القواعد مما يشير إليه في فصل ثال. والواقع أن كل قاعدة عامة في تطبيقها متجردة في حكمها تكون منظمة بوظيفتها أي أنها تنطوي على معنى النظام وتشيعه فإن لم يطرّد تطبيقها أي وقع على نحو غير متكرر متقطع أو اطرّد تطبيقها على نسق غير متماثل تجردت من صفة النظام واختلت فيها خاصية



العمومية والتجريد وخرجت من دائرة القانون واستبعدت من دائرة القواعد، ولن تسمى عندئذ قاعدة.

أما ثاني الأثرين: فهو أن صفة العموم والتجريد تقضي إلى قصر هدف القانون على تحقيق العدل (justice) دون تحقيق العدالة (equité) إلا إذا بدأ القانون في صورة دين والحق أن كلا من العدل والعدالة يقوم على مبدأ المساواة بين الناس، إلا أن المساواة التي تقوم عليها فكرة العدل مساواة مجردة تعتمد بالوضع الغالب دون اعتبارات بتفاوت الظروف الخاصة بالناس وباختلاف الجزئيات في الحالات المتماثلة أما المساواة التي تقوم عليها فكرة العدالة فمساواة واقعية تقوم على أساس التماثل في الأحكام المنصرفة إلى الحالات المتماثلة شروطها أو الأشخاص المتشابهة ظروفهم متى تحقق التماثل بين هذه الحالات أو بين هؤلاء الأشخاص في جزئيات المسائل والظروف التفصيلية الخاصة بفكرة العدل تعني المساواة المجردة أما فكرة العدالة فتطوي على معنى الإنصاف والإنصاف يعني وضع الحلول لسرياتها على الأشخاص وتطبيقها على الحالات مع مراعاة البواعث الخاصة والأحكام بدقائق الظروف وجزئيات المسائل. وإذا كان في وضع القانون تحقيق العدل إلا أنه يعجز عن تحقيق العدالة لسببين: أولهما: أن قواعد توضع لتسري على جميع الحالات القائمة والمستقبلية، ومن المستحيل أن تستوعب قواعد العامة المجردة جميع الفروض والاحتمالات المقبلة، لعجز واضعها عن التنبؤ بما سيحدث في المستقبل من ظروف خاصة أو جزئيات على نحو محيط دقيق وثانيهما: أن الاكتراث بالظروف الخاصة وجميع المسائل الجزئية أمر يتعارض وما يرمي القانون إلى تحقيقه من نظام وتجانس في المجتمع ذلك لأن إقرار النظام وإنشاء التجانس يتحققان عن طريق الموازنة بين المصالح المتضاربة والحريات المتصادمة والاعتداد بالوضع الغالب في الحياة الاجتماعية وهذه الموازنة تفترض وجود ظروف خاصة ومسائل جزئية تشد عن الوضع الغالب ليقوم القانون بالتوفيق بينها، ولولا التسليم بوجودها ويقانها لما كان للقانون دور في الموازنة والتوفيق.

### المبحث الثالث

القاعدة القانونية خطاب يوجه إلى الأشخاص لتنظيم روابطهم  
اتضح لنا من قبل أن الإنسان اجتماعي بطبعه يضمه أبداً مجتمع يعيش فيه مع أفراد جنسه وإن نشوء العلاقات الاجتماعية أمر لا بد منه وإن نشوؤها يتم وجود قواعد تتولاها بالتنظيم وإن أنواعاً مختلفة من القواعد تكفلت بتنظيمها تقف في مقدمتها قواعد القانون وقواعد

الدين وقواعد الأخلاق وقواعد العدالة، وعليه فإن قواعد القانون لا تعدو أن تكون نوعاً من أنواع القواعد التي عيّن بتنظيم الروابط الاجتماعية وإن بدت في وقتنا الحاضر أهمها أثراً. ويقصد بالرابطة أو العلاقة الاجتماعية التي يعنى القانون بتنظيمها العلاقة الظاهرة التي تنشأ بين الأشخاص في المجتمع والتي يميز المجتمع للقانون بتنظيمها لذلك فإن تحديد ما يخضع لحكم القانون من روابط يقتضيها سوق الملاحظات الآتية:

أولاً: لا تتناول القاعدة القانونية بالتنظيم إلا نوعاً واحداً من أنواع ثلاثة من الواجبات التي يتحملها الإنسان في حياته، وهي واجبة نحو ربه وواجبة حيال نفسه وواجبة تجاه غيره، فهي لا تحكم إلا واجب الفرد قبل غيره ممن يدخل وإياهم في علاقات اجتماعية، أما واجب الفرد نحو ربه فتكفل بحكمه قواعد الدين وأما واجب الفرد نحو نفسه من صدق اليقظة وطمهارة الضمير وعفة الفكر والنفس فتكفل بحكمه قواعد الدين وقواعد الأخلاق.

ثانياً: وإذا كانت القاعدة القانونية تعنى بحكم واجب الإنسان قبل غيره، فإن هذا الغير لا يتصور أن يكون جماداً ولا يجوز أن يكون حيواناً. فلا يعنى القانون بتنظيم علاقة الإنسان بالجماد أو الحيوان، لأن القانون لا ينظم إلا العلاقات الاجتماعية وهي العلاقات التي تنشأ بين أعضاء المجتمع، ومثل هذه العلاقة لا توصف بأنها اجتماعية وإذا كانت هناك ثمة قواعد تبدو في ظاهرها وكأنها تنظم العلاقة بالحيوان، كالقاعدة التي تحرم صيد الحيوان في موسم معين، أو في منطقة معينة أو القاعدة التي تنهى عن القسوة في معاملته، إلا أنها في حقيقتها تنظم العلاقة بين الأشخاص وهي علاقة اجتماعية: فهي تحكم العلاقة بين من توجهت إليه القاعدة بخطابها وبين غيره من الأشخاص ممن يتأذى في شعوره إذا عومل الحيوان بقسوة أو يضار في كسبه ومورد رزقه إذا استمر الصيد خلافاً لحكم القاعدة وتعرض الحيوان للانقراض.

ثالثاً: وإذا كانت القاعدة القانونية تعنى بتنظيم الروابط مع الغير فإن هذا الغير لا يشترط فيه أن يكون إنساناً وإنما يجب أن يكون شخصاً لأن العلاقة الاجتماعية التي يشوب القانون حكمها هي العلاقة بين الأشخاص في المجتمع البشري، وجدير بالذكر، أن الشخصية ليست مرادفة للآدمية فالآدمي هو الإنسان أما الشخص فهو كل من كان صالحاً لثبوت الحقوق له وترتب الواجبات عليه. فلا تلازم بين الشخصية التي تعرف أيضاً باسم أهلية الوجوب وتعني الصلاحية لثبوت الحقوق وترتب الواجبات وبين الآدمية فقد يكون آدمي شخصاً ويسمى الشخص الطبيعي وقد يتجرد من الشخصية كالرهبان في المذهب الكاثوليكي



المسيحي والرقين في ظل القوانين التي سمحت بوجود نظام الرق، وكما يحكمون عليه بعقوبة النقي في ظل القوانين الجنائية القديمة ومنها القانون الفرنسي القديم. وإذا جاز أن لا يعتبر الأدمى شخصاً فإن الشخص قد لا يكون آدمياً ويسمى عندئذ الشخص المعنوي أو الحكمي والشخص المعنوي قد يكون مجموعة من الأشخاص الطبيعيين تضافروا لتحقيق غرض معين وأضفى انقانون على مجموعهم الشخصية المعنوية كبعض الجمعيات والشركات وقد يبدو في ضرورة ميلغ من المال رصد لتحقيق غرض وأسبغ القانون عليه الشخصية المعنوية كما هو شأن بعض المؤسسات المالية ومنها المصارف.

رابعاً: ومع أن قواعد القانون لا تحكم إلا واجبات الشخص قبل غيره، ومن أشخاص مجتمعه ولا تنظم إلا الروابط بين الأشخاص في المجتمع إلا أنها لا تعنى إلا بحكم ما يعبر عنه السلوك الخارجي للشخص دون الكثرات بها يمكن في نفسه من نوايا ما لم تبرز إلى الوجود وتتخذ مظهرًا اجتماعيًا أو يدل عليها في الأقل دليل خارجي فما يستقر في النفس من أحاسيس ونوايا لا شأن للقانون به ما ظل في حيز الضمير ولا يتدخل القانون إلا إذا خرجت كيما من النفس إلى العالم الخارجي عن طريق الإفصاح عنها بمظهر اجتماعي كقول أو فعل وعليه فإن القانون لا يعاب بالنية إلا إذا عبر عنها بتصرف خارجي وإذا حدث اهتم القانون بها لا لأنها لا يحفل بالنية المجردة وإنما ليدخلها في اعتباره حينما ينظم سلوك صاحبها الخارجي فإذا سوى شخص قتل غيره خرجت هذه النية مع حكم القانون إذ لا شأن له بها لا يتخذ مظهرًا خارجيًا لأنه لا سبيل له إلى الكشف عن النوايا وإمالة اللثام عن الحبايا أما إذا أقصغ عن النية بتصرف خارجي ووقع القتل فعلاً اهتم القانون بالنية لا ليعتبرها جريمة في حد ذاتها وإنما ليعدها عنصراً من عناصر الجريمة التي اتخذت مظهرًا اجتماعيًا فمن بيت النية قبل وقوع جريمة القتل اعتبر قاتلاً مع سبق الإصرار وعوقب بالإعدام ومن توافرت لديه النية وقت ارتكابها اعتبر قاتلاً عمدًا وعوقب بالسجن أو الحبس والخلاصة أن القاعدة القانونية قاعدة تهدف إلى ضبط وتحقيق الانسجام في المجتمع ولما كان هذا الأمر يعتبر حدثًا خارجيًا فإن التنظيم المقروض لتحقيقه يكون بدوره خارجيًا ولذلك ترقى الاعتبارات المادية على الاعتبارات النفسية أو الفكرية في تطبيق القاعدة القانونية، فلا تتدخل القاعدة إلا إذ وقع التصرف واتخذ الفعل مظهرًا اجتماعيًا وإذا حدث ذلك نفذت القاعدة إلى دائرة الضمير أو التفكير وأخذت الاعتبار النفسي أو الفكري في حسابها واعتدت به كمعصر من عناصر الفعل الخارجي في حكمها للسلوك.

خامسًا: وإذا كانت قواعد القانون لا تكثرث بالنوايا ما ظلت كاملة في النفس فإنها لا تحكم كذلك ما يقدر المجتمع بتأثير من مدى تغلغل القيم الروحية والأدبية فيه صعوبة إلزام الناس باتباعه وتعذر توقيع الجزاء عند مخالفته فقواعد القانون في المجتمع المعاصر لا تلزم الأشخاص بالتخلي بعض القيم الخلقية من صدق ومروءة وشهامة ووقار ولا تفرض الجزاء على من تخبرد منها إلا إذا تسبب ذلك في الإضرار بالغير. وهي إذ تقف هذا الموقف تجاري وضع المجتمع المعاصر وتسترشد بمثله وتعكس شعوره بما يولد قسر الناس على الالتزام بهذه القيم من ضيق وعنت ولازيم في أن المجتمع كلها سبًا روحياً كلها ضاقت الشقة بين قواعد الأخلاق وبين قواعد القانون، وكلها انضوى قدر أكبر من القيم الخلقية تحت لواء القانون.

سادسًا: وأخيرًا فإن القاعدة القانونية لا تحكم إلا ما يحيز لها المجتمع تنظيمه من علاقات اجتماعية بتأثير مما يسود المجتمع من تيارات أو نزعات فكرية وأبرز هذه النزعات الفكرية التي تلعب دورًا هامًا في تحديد وظيفة القانون ونطاقه نزعتان تسميد الفكر المعاصر، هما النزعة الفردية والنزعة الاشتراكية فإذا تشبع المجتمع بالنزعة الفردية ضاقت دائرة القانون وخزجت عن حكمه مجموعة كبيرة من العلاقات الاجتماعية لأن مهمة القانون تقف عند حدود إقرار الأمن وحفظ الكيان ومنه الاعتداء على الحقوق، وإذا تسببت النزعة الاشتراكية مجتمعًا ما اتسع نطاق القانون وسعت قواعده سلطتها على أكبر قدر ممكن من الروابط الاجتماعية، لأن وظيفة القانون عندئذ لا تقتصر على مهمته في ظل النزعة الفردية بل تجاوزها، ليكون القانون طريقًا للخدمة العامة ووسيلة لتحقيق العدل التوزيعي وأداة لرموخ التضامن والوثام الاجتماعيين وستفصل آثار هاتين النزعتين في باب خاص نعهده للكلام في وظيفة القاعدة القانونية يفهم مما تقدم بيانه من ملاحظات أن القاعدة القانونية في حكمها للروابط الاجتماعية لا تعنى إلا بحكم الروابط بين الأشخاص في المجتمع وأنها إذ تعنى بتنظيم هذه الروابط تعجز عن حكمها جميعًا. إذ تخرج عن دائرة سلطتها كل من النوايا المجردة الكاملة في النفس وطائفة من القيم الخلقية التي يقدر المجتمع تعذر إلزام الناس بالتخلي بها لما ينطوي عليه ذلك من حرج وضيق ومجموعة الروابط التي تأتي النزعة الفردية خضوعها سلطان القانون ولذلك يشئ القول أن القاعدة القانونية لا تحكم على اعتبارها خطابًا مرجحًا إلى الأشخاص في المجتمع إلا طائفة من روابطهم وتخرج عن حكمها طوائف أخرى.

## المبحث الرابع

### القاعدة القانونية قاعدة ملزمة تقتزن بجزء مادي تفرضه

#### السلطة العامة

ما كان الغرض من وجود القاعدة القانونية تنظيم الحياة في المجتمع عن طريق ضبط النظام وتحقيق الانسجام وإقرار العدل فيه، ولما كان مضمون القاعدة القانونية يحد من سلطة الشخص ويرسم له ما يجوز له من سلوك وما يمتنع عليه، ولما كانت مخالفة هذه القاعدة أمراً محتملاً لما للناس من إرادة حرة تمكنهم من الانصياع لحكم القاعدة أو عصيانها فإن الغرض منها أن يدرك والامثال لها أن يضمن إلا إذا انطوت على عنصر الإجبار المادي الجماعي ويعني ذلك أن يكفل المجتمع احترامها عن طريق إجبار مادي يلزم الناس ويعملهم على اتباعها ولهذا توصف القاعدة القانونية بأنها قاعدة ملزمة.

والزام القاعدة القانونية يمكن تحليله إلى عناصر ثلاثة.

أولها: أنه ينهي على الأشخاص احترامها رغياً عنهم وقسراً لا أن يترك احترامها لمحض رغبتهم وإرادتهم.

ثانيها: أن قسر الأشخاص على اتباعها لا يضمن إلا إذا اقترنت بجزء مادي (sanction) يفرض على مخالفتها لأنها لو خلت من الجزء المادي لأضحت مجرد دعوة أو نصيحة (invitation conseil) وما تهدف قواعد القانون إلى إدراكه لا يتطوي على معنى التوجيه والنصح وإنما يفيد القسر والتكليف.

ثالثها: أن ضمان احترامها عن طريق الجزاء المادي لا يتحقق إلا إذا تدخلت السلطة العامة فتكفلت به والسلطة العامة تحكم باسم المجتمع وتملك مقاليدها هيئة سياسية معترف بها ولذلك يجيء تدخلها واجباً مشروعاً.

واقتران القاعدة القانونية بالجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة على مخالفتها هو الوصف الذي تنفرد به وتتميز به عن غيرها من القواعد التي تعنى برسم السلوك الاجتماعي كقواعد الدين الفردي وقواعد الأخلاق ومادام الجزاء القانوني هو الذي يسبق على القاعدة القانونية صفة الإلزام فيجعلها واجبة الاتباع وهو الوسيلة التي تضمن بها الدولة احترام

قوانينها وإدراك غاياتها فيحسن بنا أن نحدد معناه وطبيعته وأن نذكر شروطه وأوصافه وإن نشير إلى أنواعه وإن نبين مدى ضرورته وأن نعين السلطة المناطة بها تطبيقه وستكلم في جميع هذه الأمور بإيجاز في فقرات متتالية.

### معنى الجزاء القانوني وطبيعته:

يقصد بالجزاء لغة ودينًا الثواب والعقاب، فيقال: إن من يحسن عملًا يجزى به خير وإن من يسيء صنًا يجزى به شر. أما في مصطلح القانون فإن الجزاء يعني العقاب وحده.

وإذا كان العقاب يعرف بأنه: أثر يتخذ صورة أذى يترتب على مخالفته أحكام القاعدة فإن الجزاء القانوني عقاب خاص ويعرف بأنه أثر يتخذ صورة أذى مادي منظم يترتب على مخالفة أحكام القاعدة القانونية تفرضه السلطة العامة لزجر المخالف وردع غيره.

يتضح مما تقدم، أن الجزاء القانوني أثر يترتب على مخالفة القاعدة لا أثرًا يترتب على اتباعها وإن ذهبت قلة من الفقهاء إلى رأي مخالف فرأى بشام في كتابه (أصول الشرائع) أن الجزاء القانوني أثر يترتب على كل من مخالفة القاعدة القانونية أو اتباعها.

كما يتضح أن الجزاء القانوني يتخذ صورة أذى وعليه فإن المكافأة وغيرها من صور الثواب لا تعتبر جزاء قانونيًا لأنها لا تبدو في صورة أذى ولأنها لا تعدو أن تكون أثرًا يترتب على اتباع القاعدة لا عقابًا يترتب على مخالفتها ولأنها لا تكفي لجعل القاعدة ملزمة بخضوع الكافة لحكمها ابتغاء تحقيق النظام المقصود من وضعها عن طريق زجر المخالف وردع غيره مادام الناس أحرارًا في اتباعها إن رغبوا الثواب اتبعوها وإن زهدوا فيه هزفوا عنها.

ويفهم أخيرًا أن الجزاء القانوني يعني إجبارًا ماديًا جماعيًا مادام يبدو في صورة أذى محسوس يقسر الناس عن طريقه على طاعة القانون، ومادام أمر فرضه مناهيًا بالمجتمع الذي تمثلته السلطة القائمة فيه دون أن يستغل الأفراد بتوقيعه.



### شروط الجزاء القانوني:

لكي يوصف الجزاء بأنه جزاء قانوني ينبغي توافر شروط ثلاثة فيه، نستجيبها من معناه وطبيعته وهي:

أولاً: أن يكون في صورة أذى ظاهر يهدد به من يخالف حكم القاعدة القانونية والأذى هو الألم أو الشعور به: والأذى الظاهر هو ما اتخذ مظهرًا خارجيًا فأصاب الإنسان في جسده أو ماله أو حريته دون الاقتصار على المظاهر والضمير:

ثانياً: أن يكون منظرًا أي معيّنًا بجسده ومقداره سواء تعيّن في القاعدة نفسها أو أحوالت تعينه إلى قاعدة أخرى سابقة فإذا نهت السلطة العامة الجمهور عن ارتكاب فعل معين وهددت مرتكبه بالعقاب ولكنها لم تحدد فيما أصدرته من نهي جزاء المخالفة جنسًا وقدرًا ولم تشر إلى قاعدة قانونية يمكن تحديد العقاب في ضوئها فإن لا هددت بإلحاقه لا يعتبر جزاء قانونيًا.

ثالثاً: أن يكون فرض العقاب موكولاً إلى السلطة العامة: فهي التي تحلله وتهدد به وتلحقه بالمخالف سالبة من المعتدي عليه الحق في الانتقام لنفسه أو استيفاء حقه بالقوة عند الاقتضاء ولذلك فإن الأوامر التي يصدرها الأب إلى ابنه أو مدير الشركة إلى موظفيه أو صاحب المتجر إلى مستخدميه لا تعتبر قواعد قانونية لأسباب كثيرة منها أن الجزاء الذي يتعرض له مخالفها ليس جزاء قانونيًا، لأن السلطة العامة ليست هي التي فرضته وتولت تطبيقه وإن اتخذ صورة أذى وكان ظاهراً معيّنًا جنسًا ومقدارًا وإلحاطة فرض الجزاء بالسلطة العامة أمر مسلم به في ظل نظام الدولة عقب التطور الذي جد في المجتمع البشري وهو تطور أراح من نظام الانتقام الشخصي أو نظام القضاء الخاص الذي كان يحتكر الفرد أو أسرته أو قبيلته في ظلّه يسهق تحديد الجزاء وتوقيعه اقتصاصاً لنفسه وحل بديلًا عنه نظام الانتقام الجماعي أو نظام القضاء العام الذي يتولى المجتمع بمقتضاء عن طريق السلطة العامة التي تمثله وتحكم باسمه الدفاع عن الفرد واقتضاء حقه وإلحاق العقاب بمن اعتدى عليه مع رعاية مصلحة الجماعة في الوقت نفسه ولذلك فإن خلق الجزاء القانوني والحكم به وضمان توقيعه يتحول في المجتمع المنظم تنظيمًا سياسيًا إلى السلطة الاجتماعية التي تسهر باسم المجتمع على احترام القانون وهي (الدولة) والتي تفصل السلطة القضائية في المنازعات والمخالفات باسمها وتتكفل السلطة التنفيذية بتنفيذ أحكام القضاء بأمرها ذلك لأن قيام الدولة الحديثة اقتضى وجود مؤسسات

قضائية يستطيع كل فرد اللجوء إليها، ويلزم كل فرد بعرض منازعته مع غيره عليها وينبغي على كل فرد احترام ما تصدره من حكم لحسم النزاع طوعاً وإلا أكراه على احترامه بالقوة المادية، إلا أن دور القضاء يقتصر على الفصل في المنازعات والمخالفات بتقرير الجزاء المناسب والحكم بتوقيعه على مخالف قواعد القانون أما توقيع الجزاء وضمان تطبيقه أي ممارسة الإكراه الجماعي فهو كونه إلى السلطة التنفيذية.

ومع أن إنفاذ فرض الجزاء القانوني بالسلطة العامة أمر مسلم به في المجتمع الحديث إلا أن الشرائع المعاصرة أقرت استثنائين يردان على هذا الأصل يبدو الفرد فيهما وكأنه مازال يحتفظ بحقه القديم في إقامة العدالة لنفسه، فيحل نفسه محل السلطة العامة في ذره الاعتداء عليه وحماية حقه، ويضع شخصه بدلاً عن القضاء في تحديد الجزاء والحكم بإلحاقه بدلاً عن السلطة التنفيذية في توقيعه أما أولهما: فيرد في دائرة القانون العقابي وهو حق الدفاع الشرعي ويعني حق الفرد في رد الاعتداء الذي يهدده في الحياة أو المال بخطر جسيم حال بالقوة عند الاقتضاء دون تدخل من قبل السلطة العامة، وبوسائل قد تكون منها الجريمة بشرط أن تناسب وجسامة الخطر. ومع أن حق الدفاع الشرعي يبدو لأول وهلة مظهرًا لنظام الانتقام الفردي وأمرًا يتعارض ونظام الدفاع الشرعي الجماعي الذي تتولى السلطة العامة في ظله وباسم المجتمع حماية الفرد ودرء الاعتداء عليه، إلا أنه ليس كذلك. فهو حق لا يقول الفرد إلا إذا كان الخطر الذي يهدده جسيمًا وحالاً أو عل وشك الوقوع بحيث يستحيل عليه اللجوء إلى السلطة العامة لحمايته ويكون من العسير على الدفاع الجماعي، إذا مهمته في الوقت المناسب فهو يهدف إلى نفس ما يرمي إلى تحقيقه نظام القضاء العام ويتولى ما كان يجب أن يتولاها الدفاع الجماعي من درء الاعتداء وحماية الحق. ومادام الأمر كذلك، فإن الفرد عندما يمارس هذا الحق لا يجاني نظام الدفاع الجماعي بل يساعد السلطة العامة في مكافحة الاعتداء وحماية الحقوق، أما ثاني الاستثنائين: فهو حق الحبس المدني الذي يرد في دائرة المعاملات المالية. وهو حق تقرر تطبيقاً لفكرة الضمان الخاص ابتغاء حماية الدائن من التعرض لمزاحمة غيره من الدائنين من ناحية، وكوسيلة لدفع المدين إلى تنفيذ التزامه من ناحية أخرى. ويقصد به حق المدين الذي التزم بأداء شيء في الامتناع عن الوفاء به متى كان الدائن لا يعرض الوفاء بالتزام ترتب في ذمته بمناسبة التزام الدين وكان به مرتبطاً بحق الوديع الذي انفق مصلوات على الوديعة وحسبائها من الثلث في الامتناع عن تنفيذ التزام ينبغي عليه الوفاء به. فيحبس الوديعة عنده نظير ما اضطر إلى إنفاذه من مصلوات للمحافظة عليها ولحق الحبس تطبيق في العقود الملزمة للجانبين وهي



العقود التي تفرض الالتزامات على عاتق طرفيها بحيث يبدو كل منهما ذاتاً ومليئاً بالالتزامات في الوقت نفسه، كالتبعية والإجارة هو ما يسمى الدفع بعدم التنفيذ وحمل العموم فيان وجود هذين الاستثنائين على الأصل لا ينال من أهمية شرط إناطة فرض الجزاء القانوني بالسلطة العامة ولا يؤثر في رسوخ نظام القضاء العام في المجتمع المعاصر، لأن تنازل الدولة عن حقها في ممارسة الإيجار المادي الجماعي وتمكين الفرد من ممارسة الإيجار الخاص لا يقع إلا في حدود ضيقة وفي حالات نادرة واستناداً إلى مبرر اجتماعي يقتضي هذا التنازل.

#### أوصاف الجزاء القانوني:

إذا تمعنا في شروط الجزاء القانوني تيسر لنا التعرف على أوصافه فهو يشصف بصفتين تميزانه من أجزية مخالفة القواعد الاجتماعية الأخرى لاتفراده بها دون غيره. أولاهما- أنه جزاء مادي أنه ظاهر ومحسوس ما دمتا نشترط فيه أن يكون أذى معيناً جششاً وقدراً وفي ذلك تختلف القاعدة القانونية عن قواعد الأخلاق التي يبدو جزاؤها أدنياً يظهر في صورته سطح المجتمع وتفوقه من الأثم وقد يبدو في صورة تيكيت الضمير ووجزه. ثانيهما- أنه جزاء دينوي، أي: يوقع في الحياة الدنيا ما دمتا نشترط إناطة فرضه بالسلطة العامة وتخويل تقريره والحكم بتوقيعه للقضاء وفي ذلك يختلف الجزاء القانوني عن جزاء مخالفة قواعد الدين الذي يكون جزاءاً أخروياً يوقعه الله تعالى على من خالفها في الحياة الآخرة، وقد يكون الجزاء الديني مزدوجاً أي أخروياً ودينوياً إذا تقيدت الدولة بأحكام الدين وألزمت الناس باتباع قواعده وفرضت السلطة العامة الجزاء عند مخالفتها لبيد الدين عندئذ ديناً وقانوناً معاً.

#### أنواع الجزاء القانوني:

للجزاء القانوني أنواع متعددة متباينة وإن جمعتها فكرة إضفاء القوة الملزمة على قواعد القانون في صورة إكراه مادي جماعي لضمان احترامها وتباين أجزية القانون ينتج عن تباينها فيما تأمر به لأن الجزاء يفرض ضامناً لاحترام مضمونها ويحجب متناسياً وما تأمر به كل قاعدة ويبدو تباين أجزية القانون وتمدد تقسيماتها في نواح كثيرة أبرزها من حيث طبيعته فهو يبدو على ثلاثة أنواع لاختلاف طبيعة القواعد القانونية وانتمائها إلى فروع القوانين المختلفة أولها الجزاء الجنائي وثانيها الجزاء المدني وثالثها الجزاء التأديبي. أما الجزاء الجنائي: فأثر يترتب على مخالفة قواعد القانون الجنائي أو العقابي وهو مرادف

للعقوبة في المعنى. فيفرض في صورة عقوبة تتفاوت من حيث شدتها تبعاً لاختلاف طبيعة الجريمة ومدى خطورتها كما تتباين من حيث محلها أي ما ترد عليه فقد تكون بدنية تنصب على جسد الإنسان كالإعدام وقد تكون مالية ترد على المال كالغرامة وقد تفرض على حرية الإنسان فتقيدها كالحبس والسجن. والعقوبة جزاء يفرضه القانون على من يستخف بالنظام في المجتمع ويفرض لاعتبارات متعلقة بالنظام والاستقرار الاجتماعي والحساب مصلحة المجتمع بأسره فلا تفرض العقوبة للتعويض عن ضرر لحق بشخص معين ولا لمجرد إضلال ضرر خاص لحق بالجماعة وإنما لحماية النظام الاجتماعي ورعاية المصلحة العامة. ولذلك فإن القانون يفرض عقوبة على القاتل وإن لم يكن للقتيل أسرة تتضرر بموته، أو تم القتل برضاء القاتل وأمره أو عفا ذم القاتل عن القاتل، أو ارتكب القاتل جريمة بدافع من الخنان على القاتل كأن يكون القاتل مريضاً بمرض عضال لا يرجى شفاؤه منه وكان القاتل أقرب الناس إليه صلة وأكثرهم عليه عطفًا وأشدهم تألمًا لآلامه وقد مارست العقوبة وظيفة مزدوجة منذ القديم. فهي تهدف إلى الإرهاب والردع كما تهدف إلى التأديب والتقصص ذلك لأنها ترهيب الناس وتلقي الخوف في نفوسهم من التعرض لها إن ارتكبوا نفس المخالفة فتردهم عن ارتكاب الجرائم الجنائية وهي تؤدب الجاني وتقتص منه تكفيراً عن ذنبه في حق المجتمع ولذلك فإنها تعتبر حقاً للمجتمع وليست حقاً للمجني عليه. ومن ثم فإن الادعاء العام أو النيابة العمومية هو الذي يتولى توجيه الدعوى عند ارتكاب الجريمة الجنائية والمطالبة لفرض العقوبة على الجاني باسم المجتمع إلا أن العقوبة تطورت عبر العصور بتأثير من تطور الوعي والنظام الاجتماعي من حيث نظامها ومن حيث الغرض منها على نحو لا يحل لتفصيله في هذا الكتاب المنهجي.

أما الجزاء المدني فيعني كل أثر عدا العقوبة يترتب عليه القانون على مخالفة قواعده أو هو كل عقاب يفرض عند مخالفة قواعد القانون الأخرى عدا القانون الجنائي أو العقابي، فهو جزاء يفرضه القانون عند الاعتداء على حق خاص أو إنكاره دون أن يمس الاعتداء المصلحة العامة أو يخل بالنظام الاجتماعي، وتقتصر مهمة هذا الجزاء على تحاشي الضرر الذي ينتج عن مخالفة القاعدة أو إزالته أو إصلاحه بعد حدوثه فهو إذن، حق خاص يقرر لصالح من لحقه الضرر من الأشخاص ومن ثم فإن للمتضرر أن يطالب في دعوى مدنية أو أن يتقدم بالدعوى المدنية للقضاء الجنائي تبعاً للدعوى الجنائية متى ترتب على الجريمة الجنائية التي أخلت بالنظام العام اعتداء على حق خاص وتعدد صور الجزاء المدني تبعاً للغرض من فرضه

فقد يكون جزاء وفائيًا متى قصد منه الحيلولة دون وقوع المخالفة كأن يمتنع الموظف المختص عن توثيق عقد زواج جاء مخالفًا للقانون، وقد يكون جزاء مبالغًا إذا أريد به حمل الشخص على تنفيذ ما امتنع عن تنفيذه كالحكم بالتنفيذ الجبري على أموال المدين عن طريق الخبير عليها وبيعها لاستيفاء الدين من ثمنها إذا امتنع المدين عن الوفاء بدينه طوعًا وقد يبدو في شكل تعويض إذا استحال إزالة آثار المخالفة فمن يلحق بغيره ضررًا يحكم عليه بجزاء يصب على ماله في صورة تعويض إذا تعلل بحوثر المخالفة محوًا تأثم، فيحكم على من أتلف مال غيره أو دهن شخصًا أو أصابه بعمالة بتعويض لمصلحة من لحقه الضرر وقد يتخذ الجزاء المدني صورة إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل وقوع المخالفة كأن يحكم بإبطال عقد لم تتوفر فيه شروط الانعقاد والصحة التي تطلبها القانون في تكوين العقد وجاء إبرامه مخالفًا لقواعد القانون أو أن يحكم بفسخ عقد بسبب عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه المتولد عن عقد قائم صحيح على الوجه الذي يقتضيه العقد سواء امتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه أو أعجل به ولم ينفذه على الصورة المتفق عليها في العقد، وبالإبطال والفسخ يحل العقد ويعود الطرفان إلى وضعهما السابق على التعاقد ابتغاء إزالة الانحراف في تطبيق القاعدة القانونية وإن لوحظ أن الإبطال جزاء يترتب على مخالفته ما يتطلبه القانون من شروط العقد وهو يرد على عقد معيب أما الفسخ فجزاء يترتب على نقص أحد الطرفين في تنفيذ عقد صحيح.

أما النوع الثالث فهو الجزاء التأديبي: الذي يعني مخالفة القواعد القانونية التي تحكم الوظيفة العامة أو تفرضها طبيعة المهنة كعقوبة التوبيخ والإنذار والتعصم في المراتب والفصل والعزل والتوقف عن ممارسة المهنة، ويطلق عليه اسم العقوبة نظرًا لأن الضرر الحادث يصيب مصلحة الجماعة دون أن يقتصر على فرد معين ويتميز هذا الجزاء بأن فرضه يتم من قبل الرئيس الإداري والمهنية المشرفة على ممارسة المهنة دون أن يوكل للقضاء دائمًا أو تنأط المطالبة به بالادعاء العام ويجوز أن يجتمع هذا الجزاء مع أي من الجزائين الجنائي أو المدني أو كليهما عند تحقق شروط توقيعها.

#### مدى ضرورة الجزاء لقيام القاعدة القانونية:

اختلف الفقهاء وغيرهم من رجال الفكر في تقدير مدى ضرورة الجزاء لقيام القاعدة القانونية فذهب أغلبهم إلى اعتباره عنصرًا جوهريًا من عناصرها فإن خلت منه فقدت الصفة

القانونية وأصبحت مجرد دعوة أو نصيحة بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه لا قاعدة قانونية<sup>(١)</sup> ذلك لأن تصادم الحقوق وتعارض الحريات ونشوء المنازعات بين الأفراد نتيجة مخالفة قواعد القانون يوجب تدخل الدولة بسلطانها لحماية حقوق الأفراد وإقرار حرياتهم وحسم منازعتهم عن طريق الجزاء. والدولة إذا تدخلت بها أوتيت من وسائل إجبار مادي تفر لكل فرد مصالحه المشروعة وتمكن القانون من ممارسة وظيفته وإدراك غرضه. من ضبط النظام وتحقيق الاستقرار وإقرار الانسجام في الحياة الاجتماعية عن طريق التوفيق بين المصالح وتنسيقها ولذلك ينبغي لكي تؤدي القاعدة القانونية وظيفتها أن تكون ملزمة عن طريق إجبار مادي جماعي يفرضه الدولة في صورة جزاء ظاهر يفرضه السلطة بها أوتيت من قوة عامة. وقد عبر عن ذلك رجال الفكر القانوني بأقوال تباين من حيث المعنى فقال جيني (Jeny) في مؤلفه (العلم والصياغة في القانون الوضعي الخاص) أن في إنكار فكرة الإكراه على القاعدة القانونية تشويه لفكرة العدالة البشرية وذلك بإغراقها في محيط من الواجبات لا يفرضها إلا الضمير تفقد فيه ذاتيتها وتضيع عليها دقتها. وقال باسكال (pascal) العدالة المجردة من القوة عاجزة والقوة غير العادلة مستبدة ويحتتم مزج العدالة بالقوة ليكون العدل قوياً والقوة عادلة وقال إيرنج (ihrwg) في كتابه (الكفاح من أجل القانون) السيف بلا ميزان قوة غاشمة والميزان بلا سيف عدل ضعيف عاجز. السيف والميزان قرينان فلا يتسنى تحقيق العدالة الكاملة إلا إذا أمكننا أن نضرب السيف بقوة تعادلها الدقة في وزن أمور الناس بالقسط. إلا أن قريبا من الفقهاء كدبيني<sup>(٢)</sup> وكايتان وغيرهما ذهب إلى اتجاها مخالف فرأى أنه يكفي لوجود القاعدة القانونية شعور أغلبية الناس بأن ما تقتضي به ضرورة اجتماعية وأن وجودها لازم لحماية النظام الاجتماعي والسير بالمشيئة في مضمار التقدم دون حاجة إلى اقتراح القاعدة بالجزاء المادي الذي يفرضه السلطة العامة ويكفي لوجودها في رأيهم بشيء وعي قانوني بالزامها تقديراً لضرورتها دون أن تنحصر في تقرير جزاء لا يكون فرضه من قبل الدولة عنصراً لقيامها ويستند هذا الاتجاه رأيه بحجتين: أولاً: أن اعتبار الجزاء المادي الذي يفرضه السلطة العامة عنصراً في وجود القاعدة القانونية يتطوي على تأكيد أن القاعدة تستمد قوتها من السلطة وهذا ما يجعل حيوية القانون رهناً بإرادة الدولة ويقضي إلى استعلاء سلطان الدولة وطغيانها وثانياً: أن هناك ثمة قواعد تفقد الجزاء المادي الذي يفرضه السلطة العامة لضمان

(١) د. جيني p. ١١ Traite De Droit Constitutionnel.

(٢) عبد الباقي الكري. نظرية القانون، ص ١٧.



احترامها ولكن الصفة القانونية تتوافر لها كقواعد القانون العام وقواعد القانون الدستوري وأضاف البعض لثابتين الحجيتين حجة أخرى هي أن التأكيد على عنصر الجزاء المادي الذي تفرضه الدولة ينطوي على امتحان الضمير البشري وإشعار بأن الناس لا تطيع القانون ولا تتعلق بالنظام إلا إذا حلت على ذلك عن طريق القسر.

ونرى أن الرأي الأول هو الأصواب وأن من البسير الرد على الرأي الثاني في جوهر وفي حججه بما يأتي<sup>(١)</sup>:

أولاً: أن التأكيد على أن القانون مجموعة قواعد تتجه إلى تقرير جزاء مادي أن يكون فرضه من قبل السلطة العامة عنصراً من عناصر قيامها يجعل من الجزاء عنصراً خارجياً يتعلق بتنفيذ القانون وينبغي إلى القول أن افتقاده يضعف من مفعول القاعدة دون أن ينفي وجودها. وهو قول يفقد القاعدة وظيفتها في الحياة الاجتماعية لتعذر التفرقة بين وجود القاعدة وبين نفاذها فهي قد وجدت لتتأخر وتنفذ وتطبق عن طريق نفاذها المحتم وفي عدم اشتراط فرض الجزاء عند مخالفتها ما يترك للأشخاص حرية اتباعها وفي ترك الخيار لهم باتباعها ما يؤدي إلى اختلال نظام المجتمع وعجز قواعد القانون عن إقراره.

ثانياً: أن الزعم بأن اشتراط اقتران القاعدة القانونية بجزاء مادي تفرضه الدولة يؤدي إلى استعلاء سلطان الدولة ويجهد الطريق إلى مغايتها زعم بجانبة الصواب لأن الدولة الحديثة تركز على نظام الشريعة وتقوم على مبدأ السيادة النسبية ونظام الشريعة يجعل منها دولة القانون (etat dedroit) أي أنها تقدمه وتنفذ به وتخضع له كما تلزم رعاياها بالخضوع لحكمه، وعليها أن تؤكد سيادته وأن تعمل جاهدة على إقرار سلطاته واحترام قواعده ومبدأ السيادة النسبية يجعل سيادتها مستمدة من الشعب فالشعب مصدرها وتقبل الشعب سترها ولا يعني امتثال الشعب لأوامر الدولة بأنه يخضع مسود لسيده، وإنما هو وسيلة لتمكين الدولة من أداء واجباتها وخدمة الشعب عن طريق القانون في ظل النظام وعليه فإن مجال الاستعلاء والطغيان لا وجود له في الدولة القانونية التي تقوم على أسس دستورية سليمة ويجب بها وهي شعبي واضح.

ثالثاً: أن الادعاء بوجود قواعد تخلو من عنصر الجزاء القانوني ومع ذلك تتوافر فيها الثقة القانونية كقواعد القانون الدولي العام وقواعد القانون الدستوري مما ينفي أهمية الجزاء كعنصر لقيام القاعدة القانونية ادعاء موغل في البعد عن الصواب. لأن قواعد القانون الدولي

(١) عبد الباقي البكري. نظرية القانون، ص ١٧.

العام إذا كان ينقصها الإكراه المادي المباشر في الغالب إلا أنها تصح بوسائل إكراه غير مباشر هو الإكراه الخفي الجماعي. يضاف إلى ذلك أن القانون الدولي العام حديث عهد وهو لا يزال في مدارج التطور، وأن هناك جهودًا متواصلة تبذل لضمان إكترائه بجزاء مادي مباشر يوقعه السلطان في المجتمع الدولي الذي برز حديثًا في صورة منظمة دولية، هي هيئة الأمم المتحدة وجهازها التنفيذي وهو مجلس الأمن الذي أعطى صلاحيات واسعة لأمن حيث تقرير الجزاء فحسب بل ومن حيث ضمان تنفيذه كما أن قعد القانون الدستوري لا تخلو من جزاء فيه يتخذ صورة تختلف عن صورة الجزاء في القوانين الداخلية الأخرى في الدولة فإن مرد ذلك طبيعة هذا القانون فهو يقيم سلطات متعددة قد تصدر المخالفة من إحداها ولذلك فهو ينشئ رقابة متبادلة فيما بينها لضمان احترام قواعده ويجعل من الشعب الرقيب الأعلى الذي يعطى من الوسائل السلمية والثورية ما يؤكد بها سيادته ويكفل عن طريقها احترام دستوره.

رابعًا: أن احترام الجزاء القانوني كعنصر لقيام القاعدة القانونية لا ينطوي في نظرنا على امتحان للتصميم البشري أو نفي لأهمية الوازع الذاتي في طاعة القانون وإقرار النظام فهو لا يعني أن الأشخاص لا يحترمون القانون إلا خشية ما يلحقهم من جزاء عند مخالفة قواعده لأن الأصل أن يطيع الناس القانون باختيارهم وأن طاعته تحقق بصورة تلقائية ولكن الجزاء يظل مترقبًا بمن تحدثه نفسه بالخروج على قواعده ففرض الجزاء لا يقع إلا استثناء وعند الضرورة لزرع المخالف وتقويمه وردعه غيره. ومن هنا تنبع أهميته وذلك لأن من المسلم به وجود طائفة من العوامل النفسية والاجتماعية تدفع الناس إلى طاعة القانون بصرف النظر عن جزاء مخالفته فمن الناس من يحترم القانون تقديراً منهم لضرورته فيه تصان الأرواح وتحفظ الأموال وتحمى الحقوق ويستقر الانسجام الاجتماعي ومنهم من يحترمه اعتياداً منه على النظام في سلوكه وتصرفاته ومنهم من يحترمه بدافع تقليد الغير ومنهم من يتقيد به بدافع كسب احترام الآخرين ومنهم من يتقاد لحكمه كأنقياده لأحكام العادات والتقاليد والأخلاق على اعتباره موجهًا من سلطة عليا والانقياد لأولى الأمر مغروس في نفوس أكثر الناس ومع كل ذلك يظل الخروج على حكم القانون أمرًا ممكنًا مادام حب الذات من جيلة البشر.

خامسًا: إن الغرض من أهمية الجزاء المادي الذي تفرضه السلطة العامة وعدم اعتباره عنصرًا جوهريًا من عناصر القاعدة القانونية، يفضي إلى تقريب القانون من قواعد الأخلاق إلى حد يجعل التمييز بينهما أمرًا عسيرًا ويؤدي إلى نفي وصف تفرد به عن غيرها من القواعد

الاجتماعية التي تشاركها في بقية أوصافها.

سادساً: وفي وسعنا القول أعيذاً أن امتثال بعض الناس لحكم القانون يدافع عن مصلحة مادية أو أدبية أو يوازن من تربية خلقية أو دينية، لا يعني عن اقتراح قواعد بجزء مادي يضمن تطبيقها على الكافة. وستظل الحاجة إلى هذا الجزء قائمة حتى يبلغ البشر مستوى من سمو الروحي والوحي الاجتماعي ما تكون طاعتهم لحكم القانون عنده صادرة عن إرادة ذاتية مقدسة للتفاني متحسبة بالمسؤولية إحساساً خالصاً عميقاً وهذا المستوى لم يرق إليه المجتمع البشري بعد، بل ولن يدرجه مادام التقدم المادي الذي حققه المجتمع المعاصر لم يسايره سمو في المثل الروحية والقيم الخلقية ذلك لأن المجتمع كلياً ماديًا وروحياً وشاعت فيه الفضيلة لاسيما بتأثير القيم الدينية التي تحتضن المبادئ الإنسانية كلما زاد غسك أفرادها بحكم القانون يدافع ذاتي دون أن يحسبوا للعقاب حساً وصدق فيهم قول الرسول ﷺ في وصف صهيبي الرومي «نعم العبد صهيبي ولم لم يخف الله لم يعصه» نلخص مما تقدم إلى القول أننا نساير رأي جمهور الفقهاء في التسليم بأهمية الإكراه الجماعي الذي تحمسه الدولة في قيام القاعدة القانونية وفي اعتبار الجزء المادي الذي تقرضه السلطة العامة عنصرًا أساساً من عناصرها في ضوء ما ذكرنا من حجج ساقى الفقهاء بعضها وأضفنا إليها البعض الآخر.

#### السلطة المناطة بها توقيع الجزاء القانوني:

بعد أن تطور المجتمع ونظم تنظيمًا مياميًا واعتبر القانون من مظاهر سيادة الدولة التي تحتكر تطبيقه وفرض توقيع جزاء مخالفته وبعد أن حل نظام القضاء العام وحق الانتقام الجماعي محل نظام القضاء الخاص وحق الانتقام الفردي برزت في الدولة سلطة أنيط بها توقيع الجزاء هي السلطة القضائية وتتكون السلطة القضائية من المحاكم، والمحاكم هي صاحبة الولاية العامة في تطبيق القانون وصاحبة الاختصاص الأصيل في توقيع جزاء مخالفة قواعده.

ومع ذلك فهناك استثناء أن لا تتولى المحاكم توقيع الجزاء بنفسها فيها أولها: حيث يثبت للشخص قانوناً حق توقيع الجزاء بنفسه على خصمه كحالات المدافع الشرعي والحارس المدني اللذين أشرنا إليهما وثانيها حيث تملك السلطة التنفيذية تطبيق القانون وتوقيع الجزاء بنفسها وهو استثناء ينهض في حالات خاصة منصوص عليها قانوناً وبالنسبة إلى قوانين خاصة.

10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

37

38

39

40

41

42

43

44

45

46

47

48

49

50

51

52

53

54

55

56

57

58

59

60

61

62

63

64

65

66

67

68

69

70

71

72

73

74

75

76

77

78

79

80

81

82

83

84



### الفصل الثالث

#### التمييز بين القاعدة القانونية وبين غيرها من القواعد الاجتماعية

##### تمهيد وتقسيم

وضح مما تقدم بيانه، أن القانون مجموعة قواعد توجه بخطابها إلى الأشخاص في المجتمع وتتوغل في صميم الحياة الاجتماعية لتبسط سلطاتها على أغلب روابطها ومظاهرها ابتغاء تنظيم السلوك وإقامة نظام اجتماعي. ومع ذلك فإن القانون لا يحتكر وحدها حكم سلوك الأفراد في المجتمع وإن كانت في الطبيعة، بل توجد إلى جانبها قواعد اجتماعية أخرى تعني بحكم السلوك الاجتماعي كقواعد الدين وقواعد الأخلاق وقواعد العدالة وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد، وإن لوحظ أن أهمية هذه القواعد الأخرى تبدو أبرز في المجتمعات التي تحكمها قواعد القانون الوضعي منها في المجتمعات التي تخضع لقواعد الدين الجماعي كقواعد الشريعة الإسلامية. ذلك لأن قواعد الشريعة الإسلامية مجموعة أحكام اعتقادية ووجدانية وعملية، والأحكام الشرعية العملية تأسس على قيم الأخلاق ومبادئ العدالة فتتفرعها وتمارس دروساً في الحياة الاجتماعية بحيث يتعدى الفصل بين القاعدة الشرعية من جهة وبين كل من قواعد الأخلاق وقواعد العدالة من جهة أخرى.

وفي ضوء ما تقدم ينبغي التمييز بين مختلف صفوف القواعد الاجتماعية لإدراك وجود الاختلاف بينها وليبيان مدى الصلة التي تربطها ببعض. ولذلك يحسن بنا توزيع هذا الفصل على أربعة مباحث نقارن في أولها بين القاعدة القانونية وبين القاعدة الدينية، ونقارن في ثانيها بين القاعدة القانونية وبين القواعد الأخلاقية، أما المبحث الثالث فنعقده للمقارنة بين القاعدة القانونية وبين قواعد العدالة.

وحسبنا هذه القواعد كموضوع للمقارنة لأنها تمثل أبرز القواعد الاجتماعية التي تحكم السلوك الشخصي في المجتمع. حتى إذا ما فرغنا من ذلك أفردنا مبحثاً رابعاً لبيان صلة القانون بسائر العلوم الاجتماعية.

## المبحث الأول

### التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية

تمهيد:

يقضي التمييز بين قواعد القانون وقواعد الدين أن نعهد لهذا التمييز بتحديد معنى الدين وبالإشارة إلى أنواع الأديان من حيث مصدرها ونطاقها وصلتها بالقانون.

#### معنى الدين وبيان أنواعه:

يعرف الدين بأنه مجموعة العقائد والأحكام المستمدة من وحي قوة سامية غير منظورة والرامية إلى خير الإنسان في الحياة الدنيا والآخرة وإسعاد المجتمع.

إلا أن الأديان لا تبدو جميعًا من طبيعة واحدة، وإنما تتأثر طبيعتها بمصدرها وبغرضها المباشر الذي يحدد نطاقها من حيث التنظيم.

فهي من حيث مصدرها تبدو على فئتين، هما الأديان السناوية والأديان غير السناوية وهو تقسيم يؤكد عليه المسلمون أما الدين السناوي فهو مجموعة العقائد والأحكام التي تنزلت من الله تعالى بطريق الوحي على نبي اصطفاه من بين خلقه كالدين الإسلامي والمسيحي واليهودي. أما الدين غير السناوي فهو ما استمدت عقائده وأحكامه من قوة عليا غير منظورة ليست هي الذات الإلهية كالدين البوذي والمجوسي والأديان الوثنية ويعرف الدين غير السناوي عند المسلمين، باسم الدين غير الإلهي أو غير المنزل:

وتنقسم الأديان من حيث غرضها المباشر ونطاقها إلى طائفتين، هما:

الأديان الفردية والأديان الجماعية ويطلق بعض الكتاب كبرتراند رسل على الدين الجماعي اسم الدين السامي.

أما الدين الفردي فهو الدين الذي يعني بتنظيم واجبات الفرد تجاه ربه وتجاه نفسه، دون أن يكثرث بتنظيم العلاقات الاجتماعية تنظيمًا موضوعيًا، وإن ننظر إليها من زاوية خلقية يتأكد على الصدق في التعامل والوفاء بالعهد والسمو على الاحقاد والتميزة والعنف، كالدين المسيحي من الأديان السناوية والدين البوذي من الأديان غير السناوية. وأما الدين الجماعي، فهو الدين الذي يعني بتنظيم العلاقات الاجتماعية تنظيمًا موضوعيًا عنانيته بحكم العقيدة والوجدان، كالدين الإسلامي واليهودي من الأديان السناوية والدين

الكونغوشيوسي من الأديان غير السماوية. ويقصد بالتنظيم الموضوعي حكم مختلف مجالات الحياة الاجتماعية وتنظيم الروابط بين الأشخاص في المجتمع تنظيمًا دقيقًا يسوق القواعد العامة والأحكام التخصيلية. ويسود التنظيم الموضوعي في الدين الجماعي ضئولًا بقعله القانون، وإن بدا الدين أوسع من القانون نطاقًا لأنه يحكم السرائر كما ينظم المظاهر.

وجدير بالذكر أن فردية الدين لا تعد تقيصة فيه ولا تؤثر في صفته الاجتماعية لأن الأديان جميعها جاءت لأغراض اجتماعية، هي السمو بالمجتمع روحياً والأخذ بيده في طريق التقدم والصالح؛ والحق، أن الضرورة الاجتماعية التي اقتضت نزول الدين، هي التي تحدد غرضه وترسم نطاقه، فإذا نزل الدين في مجتمع يشكو تحللاً أخلاقياً وتوافر فيه شريعة سليمة تحكم علاقاته الاجتماعية جاء ديناً فردياً هادفاً إلى التأكيد على القيم الأخلاقية ليعود بالمجتمع من وحدة التحلل الاجتماعي والفردية في يور الرذيلة، مكتفياً بنفخ روح الفضيلة في العلاقات الاجتماعية دون تنظيمها تنظيمًا موضوعيًا، لأن الشريعة القائمة فيه تفي بهذا التنظيم وهذا هو شأن الدين المسيحي الذي نزل في مجتمع حكمته شريعتان هما الشريعة الرومانية الوضعية والشريعة اليهودية الإلهية.

إلا أن هذا المجتمع كان يشكو تحللاً وتفككاً اجتماعياً، فجاء الدين المسيحي زاحراً بالقيم الخلقية نافحاً روح الفضيلة في الروابط الاجتماعية ليأخذ بيد المجتمع من وحدة التحلل التي تردى فيها، أما إذا نزل الدين في مجتمع يتفكك التماسك الاجتماعي والقانون الوضعي السليم والروح الخلقي القويم معاً، جاء ديناً جماعياً يحكم مختلف الواجبات وينظم شتى الروابط تنظيمًا موضوعياً وذلك شأن كل من الدين الإسلامي والدين اليهودي.

### صلة الدين بالقانون:

تتعدد قواعد الأديان الفردية كثيراً من دائرة القانون، وتقرب من قواعد الأخلاق من حيث الغرض والنطاق، لأنها تركز اهتمامها على حكم واجبات الفرد تجاه نفسه وربه. ولا يعني ذلك أنها لا تكثرث بالروابط الاجتماعية، لأن الأديان جميعاً جاءت لأغراض اجتماعية هادفة إلى صلاح المجتمع البشري بل هي تلفت إليها ولكن التفاتتها تكون من زاوية أخلاقية فحسب دون أن تعرض بيان القواعد التي تنظم هذه الروابط عرضاً موضوعياً. وإذا قيل أن للقانون الكنسي أثراً كبيراً في القوانين الوضعية في العصر الحديث على نحو يدحض للقول بإبتعاد الدين المسيحي من دائرة القانون؛ إلا أن الواقع أن القانون الكنسي الذي نسلم بتأثيره

في القوانين الوضعية في الدول الغربية لم يشتق أحكامه الموضوعية من الدين المسيحي الذي جاء خلوقاً من التنظيم الموضوعي للروابط الاجتماعية وإن كان هذا القانون متشبعاً بالقيم الأخلاقية التي زخر بها الدين، وإنما استقى أحكامه الموضوعية من قواعد القانون الروماني وقواعد العرف بعد تهذيبها، واستكمل نقائصها ولطف من صرامة أحكامها بفضل ما تشيع به رجال الكنيسة من قيم أخلاقية أكدها الدين المسيحي وما استند به آباء الكنيسة من مبادئ إنسانية من فكرة القانون الطبيعي ومبادئ العدالة. أما الدين الجماعي فهو الدين الذي يشارك القانون في تنظيم الروابط الاجتماعية وينقلب قانوناً في نطاق ما ينظمه إذا أجازت السلطة العامة الناس على الخضوع لأحكامه وفرضت الجزاء المادي عند مخالفته.

#### وجوه الشبه بين قواعد القانون وقواعد الدين:

تقوم بين هاتين الطائفتين من القواعد بخلّة من وجوه الشبه تنصب على الخصائص الآتية: أولاً: تماثلها من حيث الغاية غير المباشرة. ذلك لأن هدف القانون غير المباشر وعرض الدين واحد فكلاهما يرمي إلى السمو بالمجتمع البشري وإسماعه. ثانياً: توصف قواعد القانون وقواعد الأديان جميعاً بأنها عامة ينصرف حكمها إلى كل من تصف بصفة معينة من الأشخاص أو توافقت فيه شروط محددة من الأفعال تعلق بها حكم القاعدة.

ثالثاً: تتميز قواعد القانون وقواعد الأديان بأنها قواعد سلوك اجتماعية تهدف إلى تحديد سلوك الفرد في الهيئة الاجتماعية وتفويضه وفرضه عليه فرضاً مطلقاً لا شرطياً. رابعاً: توصف جميعها بأنها قواعد ملزمة تقتزن جزاء يحمل الناس على اتباعها. خامساً: تتميز جميعها بالوضوح والاستقرار. فلا يكتنف قواعدهما الغموض لأنها محددة المفاهيم، ويسهل التعرف عليها بالرجوع إلى المدونات وغيرها من المواطن التي تجمع قواعدهما.

#### وجوه الاختلاف بين قواعد القانون وقواعد الأديان:

تنهض بين هاتين الطائفتين من القواعد وجوه اختلاف عميقة نوجز بيانها فيما يلي: أولاً: اختلافها من حيث الأصل أو المصدر فالأديان كافة، فردية أو جماعية تعتمد أحكامها من قوة علياً غير منظورة، وإن ثابته هذه القوة العليا بتساين الأديان فقد تكون مساوية هي الذات الإلهية وقد تكون غير مساوية. أما قواعد القانون فتتجىء من وضع البشر



فردًا أو هيئة تستنها أو عتصمًا يقرؤها، وإن جاز أن يكون الدين مصدرًا تاريخيًا لها حينًا وجاز أن يكون الدين الجماعي مصدرًا واسعًا لها حينًا آخر.

ثانيًا: اختلافها من حيث الغاية المباشرة. فالأديان كافة فردية أو جماعية تنزع بالإنسان نحو الكمال الذاتي وترمي إلى إقامة المجتمع على أسس الفضيلة والخير والعدالة. أما قواعد القانون فتهدف إلى غاية نفعية هي حسن التنظيم الاجتماعي وإرسائه على أساس العدل.

ثالثًا: تباينها من حيث مقياس الحكم على التصرفات إذ يبدو المقياس في دائرة القانون مقياسًا ظاهريًا أو خارجيًا ينصب على التصرف في مظهره المادي دون أن يتعداه إلى ما يكمن من نوايا وبواعث، بخلافًا لمقياس الحكم في الأديان. فإذا كان الدين فرديًا اضحى مقياس الحكم فيه باطنيًا أو داخليًا صرفًا ينفذ إلى أعماق النفس ويكشف عن مقاصدها. وإذا كان الدين جماعيًا كان المقياس فيه مزدوجًا، مقياسًا ظاهريًا يعول عليه الحساب القضائي الدنيوي ومقياسًا باطنيًا يعتمد عليه الحساب الأخروي وترتكز عليه قيمة التصرف في نظر الدين.

رابعًا: تباينها من حيث النطاق. ذلك لأن قواعد القانون لا تعني إلا تنظيم الروابط الاجتماعية ولا تحكم إلا فئة من هذه الروابط. أما الأديان فتفاوتت من حيث النطاق. فإذا كان الدين فرديًا تميز بنطاق مستقل عن نطاق القانون لأنه يركز اهتمامه على حكم واجبات الإنسان نحو خالقه وتجاه نفسه ولا يكثر تنظيم الروابط الاجتماعية تنظيمًا موضوعيًا وإن عني بها من زاوية التأكيد على القيم الأخلاقية لإشاعة الخير والفضيلة في المجتمع. وإذا كان الدين جماعيًا تميز بنطاق أوسع من نطاق القانون. لأنه كما يشارك القانون في تنظيم العلاقات الاجتماعية تنظيمًا موضوعيًا يعني كذلك بحكم واجبات الفرد تجاه ربه وحياة نفسه.

خامسًا: اختلافها من حيث الجزاء. ذلك لأن الجزاء القانوني يبدو في صورة عقاب، ويوصف بأنه جزاء مادي ويكون أذى ظاهريًا منظمًا تفرضه السلطة العامة. أما الجزاء الديني فيكون عقابًا أو ثوابًا ماديًا غير منظمين يوقعه الله تعالى في الحياة الآخرة إذا كان الدين فرديًا، ويكون الجزاء مزدوجًا دينيًّا ماديًّا في صورة عقاب وأخروي في صورتين عقاب أو ثواب في الأديان الجماعية وإذا كان الجزاء الديني الدنيوي يشابه الجزاء القانوني من حيث طبيعته وصفاته إلا أنه يختلف عنه من حيث شروطه وصورة والغرض منه وجدير بالذكر أن الجزاء المادي الدنيوي لا يتوافر في قواعد الدين الجماعي إلا إذا فرضت الدولة على الناس واجب اتباعها ووقعت الجزاء عند مخالفتها لتعد عندئذ قواعد دين وقانون في الوقت نفسه.

## المبحث الثاني

### التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية

تمهيد:

يقتضينا التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية أن نستهل البحث بالتعرف على القاعدة الأخلاقية، معنى ومصادراً ومميزات ثم نعرض بعده على الكلام في العلاقة بين القاعدتين لتبين وجوه الاختلاف بينهما ولتعرف على الصلة التي تربطها والتي تكشف عن مدى تأثير قواعد الأخلاق في جائرة القانون<sup>(١)</sup>.

#### تعريف قواعد الأخلاق ومصادرها:

تعرف قواعد الاخلاق بأنها: مجموعة مبادئ التي يعتبرها الناس في زمن ما قواعد سلوك تتبع يدافع من الشعور الذاتي والرأي السائد وإلا تعرض غالفها إلى سخط المجتمع وازدراء أقرانه والتي تتحدد على أساس ما يستقر في الأذهان من أفكار عن الخير والشر ابتغاء السمو بالنفس البشرية نحو المثل العليا من طريق التمسك بالفضائل وتجنب الرذائل في إقامة الروابط الاجتماعية وذلك تحقيقاً لخير الإنسانية ومعادة المجتمع.

ونستمد قواعد الأخلاق من مصادر ثلاثة: الدين ومقتضيات الحياة والنظريات التأملية. فالأديان كافة تضم أحكاماً أخلاقية تهدف إلى تهذيب النفس والسمو بها وترسيم طريق الفضيلة وتحضير الناس على السير فيه وتحديد درب الرذيلة وتنهى الناس عن سلوكه. ومقتضيات الحياة وأوضاع المجتمع يتبع منه قواعد الأخلاق، فلما يعتبر رذيلة في مجتمع

(١) انظر عبد الرزاق البكري. المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية ص ١٢٦ ومبداها.

ما أو عنصر ما قد لا يوصف كذلك في مجتمع آخر أو في عصر لاحق، وما يعد فضيلة قد يعد رذيلة يتأثر من عاملي الزمان والمكان، فالثريا رذيلة محرمة في الشريعة الإسلامية وكثير من صوره لا يعتبر كذلك في المجتمع المعاصر. والكذب رذيلة منهي عنها في الشريعة الإسلامية إلا أن الكذب البسيط يعتبر في المجتمع المعاصر من وسائل الإعلان والدعاية، والتأمل في طبيعة النفس البشرية وفي أسرار الحياة وأسس المجتمع كان وما يزال للكثير من قواعد الأخلاق.

### خصائص قواعد الأخلاق،

تتصف قواعد الأخلاق بالخصائص الآتية:

- (١) أنها قواعد سلوك تهدف إلى إدراك مثل أعلى للسلوك القويم والضمير الطاهر وتنشد للسمو بالنفس الإنسانية نحو الكمال.
- (٢) أنها تعمل في دائرة واجب الإنسان نحو ربه وواجبه حيال نفسه وواجبه تجاه غيره.
- (٣) أنها تفرض على الإنسان في دائرة روابطه مع غيره نوعين من الواجبات، أولها سلبي يحضه على الامتناع عن الاعتداء على حقوق الغير ونشاطه وثانيها، إيجابي يفرض عليه مساعدة الغير والتضحية في سبيل إسعاد الآخرين والأخذ بيدهم.
- (٤) أنها قواعد عامة مجردة لأنها تتضمن خطاباً موجهاً إلى الناس كافة يسعوا على التخصيلات في حكمه وينطوي على النظام في تطبيقه.
- (٥) أنها قواعد ملزمة لأقرانها بجزء عادي يتعرض له مخالفها، هو ازدياد المجتمع وتأييد الضمير.
- (٦) أنها قواعد نسبية. ذلك لأن بعضها قد يوصف بالخلود، إلا أن معظمها غير ثابت. فتختلف أكثر قواعد الأخلاق باختلاف المجتمعات وتباين بنيان الزمن.
- (٧) أنها قواعد غامضة مبشرة بعورها الوضع ولا تستقر في موطن سهل الرجوع إليه ذلك لأنها تستكن في ضمير الجماعة فيعسر تدوينها وتعلل الإحاطة علمياً بها.

### العلاقة بين القانون وبين الأخلاق:

ظل المجتمع البشري القديم يعزج بين القانون وبين الأخلاق ودخا طويلاً من الزمن مرتجياً يعززه الدين. فقد كان الرعي يقضي باعتبار الكذب والتعدي على الغير خطيئة ويفرض حسن النية في التعاقد وكان الإيمان بقضيلة عمل الخير وبرذيلة اقتراف الشر كضيقاً إلى مدى بعيد وإقرار النظام والسلام. وقد أكد على ذلك بعض فلاسفة الإغريق ثم جاء الرومان فتشيع الوضع. إذ أكد بعض فقهاءهم بتأثير من تغلغل النزعة الفردية في المجتمع الروماني على التمييز بين القانون وبين الأخلاق ونادوا بضرورة وضع حدود للقانون تحول دون اختلاطه بالأخلاق. ثم عاد المخرج بين القانون وبين الأخلاق في القرون الوسطى في المجتمع الإسلامي في ظل الشريعة الغراء وفي المجتمع المسيحي في ظل التعاليم المسيحية وأحكام القانون الكنسي. وصار ينظر إلى الشريعة والقانون كقواعد تنوعب مبادئ الأخلاق خلافاً للنظرة الإغريقية التي جعلت الأخلاق تضم القانون في رحابها. حتى إذا جاء القرن الثامن عشر بفلسفته المنشعبة بالنزعة الفردية أفاق التمييز بين القانون وبين الأخلاق من رقاده، وتلبور في مسوره نظرية عرفت بالنظرية التقليدية التي اعتنقها الفرديني كتر مابوس والفيلسوف الألماني كانت. وقد دعت هذه النظرية إلى الفصل التام بين القانون وبين الأخلاق بهدف تقليص نطاق القانون ومنع الدولة من التدخل في العلاقات الاجتماعية بحجة حماية الأخلاق وأشارت إلى فروق ثلاثة بين القانون وبين الأخلاق غالت في تقدير أهميتها هي: اختلافهما من حيث الغرض ومن حيث النطاق ومن حيث الجزاء. وقد أدى انحصار المذهب الفردي منذ منتصف القرن التاسع عشر إلى تزعم النظرية التقليدية وقبام اتجاه فقهي جديد يدعوا إلى دمج القانون بالأخلاق واستند في ذلك إلى إنكار الفارق بينهما من حيث الغرض وإلى التقليل مما أمكن من أهمية الفارقين الآخرين. وقد تزعم هذا الاتجاه الذي عرف أصحابه باسم أصحاب النظرية الحديثة اهرنج وثراند نيرخ الألمانيان وزيير وجوسران وريوارد الفرنسيون. والحق أن كلا من الاتجاهين السابقين جاء مغالياً في رأيه. فلا يمتنع القول بالفصل التام بين القانون وبين الأخلاق كما لا يجوز القول بدمجهما ذلك لأن هناك ثمة وجوه اختلاف بينهما لا سبيل إلى إنكارها. وقد برز اتجاه فقهي جديد في الرأي لا يسلم بالاتجاهين السابقين ولكنه يدعوا إلى التقريب بين القانون وبين الأخلاق قدر المستطاع وقد تزعم هذا الاتجاه الفقهاء الفرنسيون مازووكايتان ولاكروست. واستندوا إلى معيار للتمييز بين القانون وبين الأخلاق



تتبع منه جميع وجوه الاختلاف بينها هو تباينها من حيث الغاية المباشرة لأن غاية الأخلاق المباشرة غاية مثالية تهدف إلى تحقيق خير الفرد والسمو بالنفس الإنسانية نحو الكمال الذاتي أما غاية القانون المباشرة فغاية تدعى تهدف إلى نفع المجتمع وحسن التنظيم الاجتماعي، وإذا كانت قواعد الأخلاق تؤكد معنى الخير فإن القانون يؤكد إقرار العدل في الحياة الاجتماعية. وجوه الاختلاف بين قواعد القانون وبين قواعد الأخلاق:

تنشأ عن اختلاف القانون عن الأخلاق من حيث الغاية المباشرة الفروق التالية بينها:

(١) اختلافها من حيث مقياس الحكم على التصرفات. ذلك لأن مقياس الحكم على التصرف في دائرة الأخلاق مقياس داخلي أو باطني به غل في سرائر النفس ويكتشف عن الدوافع الخفية. فالعبرة بالنية فائت في نظر الأخلاق لا بالعمل في مظهره وآثاره. أما مقياس الحكم على التصرف في دائرة القانون فمقياس ظاهري أو خارجي يعتمد بالسلوك الخارجي للشخص. فالقانون لا يحصل بالنية المجردة أي التي لا تبرز إلى العالم الخارجي أو لا يدل عليها دليل مادي.

(٢) اختلافها من حيث التوضيح والاستقرار. فقواعد الأخلاق تتميز بغموضها وبشبهتها فهي غير واضحة المعالم وهي غير مستقرة لعدم وجود موطن يجمع قواعدها لأنها تكمن في الضمير. أما قواعد القانون فقواعد واضحة مستقرة فهي واضحة لأنها مقررة في الغالب في صيغ محددة، وهي مستقرة في موطن سهل الرجوع إليها للتعرف عليها وتطبيقها كالتقنيات والشريعات.

(٣) اختلافها من حيث الجزاء. واختلافها من حيث الجزاء يبدو في ناحيتين أولاهما: من حيث طبيعة الجزاء. وثانيها: من حيث من يتولى ترفيعه أما من حيث طبيعة الجزاء فجزاء مخالفة قواعد الأخلاق جزاء أدبي غير قابل بطبيعته للتنفيذ المادي ويبدو في صورتين عذاب الضمير وسخط المجتمع وجزاء مخالفة قواعد القانون يكون جزاء ماديًا يبدو في صورة أذى ظاهر محددًا جنسًا و مقدارًا. وأما من حيث من يتولى ترفيعه فإن جزاء مخالفة قواعد الأخلاق جزاء يوقعه ضمير الإثم في صورة وخسر وتبكيست، وضمير الجماعة في صورة سخط أو استمزاز. أما الجزاء القانوني فتهدد به السلطة العامة وتوقعه مؤسسات قضائية يلتزم الناس بعرش منازعاتهم عليها لحسمها وملائمتها فيما تصدره من أحكام.

(٤) اختلافها من حيث النطاق. واختلافها هذا يبدو في ناحيتين. أولاهما: من حيث أنواع الواجبات التي تنولها القاعدتان بالحكم وثانيها: من حيث مدى ما تتناولاه القاعدتان بالتنظيم من الروابط الاجتماعية.

أما من حيث أنواع الواجبات التي تنصدي القاعدتان لحكمها فإن قواعد الأخلاق تحكم مختلف الواجبات التي يتحملها الفرد في حياته كواجبه نحو ربه ونحو نفسه وحياة غيره بخلافًا لقواعد القانون التي تحكم واجب الفرد نحو غيره وإن امتد حكمها إلى فئة من الواجبات الأخرى ولذلك فإن قواعد الأخلاق تبدو أوسع من القانون نطاقًا في هذه الناحية. وأما من حيث ما تناوله القاعدتان بالتنظيم من الروابط الاجتماعية أي واجبات الفرد نحو غيره فلا يمكن القطع بأن أيًا من القاعدتين أوسع من الأخرى نطاقًا، فقد تبدو قواعد الأخلاق أوسع نطاقًا من قواعد القانون لأنها تتناول بالحكم واجبات لا تعتمد عليها يد القانون، ذلك لأن الأخلاق تفرض على الإنسان في دائرة واجباته نحو الغير نوعين من الواجبات هما الواجب الإيجابي الذي يدعو إلى معاونة غيره والتضحية في سبيل إسماعه الآخرين والواجب السلبي الذي يفرض عليه الامتناع عن الاعتداء على الغير أما القانون فإنه يفرض الواجبات السلبية كأصل ويعني ببعض الواجبات الإيجابية كأحكام النفقة ودفع الضرائب كاستثناء. وإذا كانت الواجبات الإيجابية التي يفرضها القانون آخذة بالازدياد في وقتنا الحاضر بتأثير في تسيد النزعة الاشتراكية فإنه يعجز عن الوصول إلى المدى والذي تبلغه قواعد الأخلاق في فرض الواجبات الإيجابية كمنًا ونوعًا وإذا كان القانون يشارك الأخلاق في حكم الواجبات السلبية فإن الأخلاق تبدو أوسع منه نطاقًا كذلك، لأنها تحكم التصرف في ظاهره وباطنه أما القانون فلا يغفل إلا بظاهر التصرف ولا يعمأ بالتواهي إلا إذا دل عليها دليل خارجي. وقد تبدو الأخلاق أضيق نطاقًا من القانون في حالتين:

أولاهما، أن قواعد الأخلاق تقتصر في خطابها على تقرير الواجبات دون إنشاء الحقوق فهي تحاطب ضمير الفرد فتفرض عليه الواجب دون أن تولد حقًا لصالح طرف آخر، أما القانون فيقرر الحقوق إلى جانب فرض الواجبات ثابتهما: إن قواعد القانون قد تتناول بالتنظيم أمورًا لا شأن للأخلاق بها عندما يدخل القانون مصلحة الجماعة في اعتباره، ذلك لأن فكرة الصراع الاجتماعي وضبط النظام في المجتمع وتنظيم الحياة الاجتماعية قد تقتضي من القانون تنظيم مسائل لا تنكرها الأخلاق ولا تقرها، كقواعد المرور وقواعد الضبط الإداري وقواعد المرافق والقواعد التي تقتضي الشكليات في إبرام التصرفات العقارية. وقد يتطرق القانون بعيدًا عن دائرة الأخلاق، فيرتب بدافع من استقرار المعاملات أحكامًا تتعارض مع القيم الخلقية ونهاج العدالة الفردية، وهي العدالة التي تنظر إلى صالح الفرد مجردًا من عضويته في الجماعة. ذلك لأن استقرار التعامل قد يقتضي من القانون ضم قواعد تناقض في أحكامها مضمون الأخلاق وغايتها بحيث تبدو وكأنها تهدد عمادة قيم الأخلاق.

ومن الأمثلة على هذه القواعد، قواعد التقادم المسقط وقواعد التقادم المكتسب وقواعد الإثبات.

### مظاهر الصلة الدائمة بين القانون وبين الأخلاق:

إذا كانت قواعد القانون وقواعد الأخلاق تبيانان من حيث الغاية المباشرة تبياناً تنسب إليه وجوه الاختلاف بينهما فإنها يتماثلان من حيث الغاية غير المباشرة أو الهدف الأسمى. فقواعد القانون وقواعد الأخلاق تهدف جميعاً إلى سعادة المجتمع وحسن تنظيمه وإقرار العدل فيه. وتماثلها من حيث الغاية غير المباشرة هو مصدر جميع مظاهر الصلة الوثيقة بينهما التي لم تتكرر لها جميع المجتمعات عبر التاريخ والتي سنوجزها فيما يلي:

(١) تعتبر الأخلاق مثلاً أعلى يلهم القانون أحكامه في المجال الذي يشتركان في تنظيمه وكلما نما إحساس المجتمع ونضج وعيه تعاليم نشاط القانون في دائرة الأخلاق وبرز دور الأخلاق في تكوين القاعدة القانونية مسهمة مع عناصر أخرى كخضبط النظام واستقرار المعاملات في وضعها.

(٢) تعتبر الأخلاق مقياساً تفاس به سلامة التصرفات القانونية. وهي بذلك تمارس ما لناً واسعاً في دائرة روابط القانون تفره النصوص في كثير من التشريعات. فقد نصت كثير من القوانين على بطلان كل اتفاق يخالف للأداب العامة.

(٣) وإذا كانت مبادئ الأخلاق تلعب دوراً هاماً في تكوين القاعدة القانونية فإنها تلعب دوراً ملحوظاً عند إصدار الأحكام في حالة التقاد النص والعرف فقد اعتبر كثير من المشرعين مبادئ العدالة مصدراً رسمياً للقانون يرجع إليه القاضي إذا افتقد الحكم في المصادر الرسمية الأخرى. ومبادئ العدالة طائفة من القيم الأخلاقية تحسن المجتمع بضرورتها فأمنح عليها قدراً من القوة الملزمة تتوسط بين قوة القانون وبين قوة الأخلاق.

(٤) وقد يتأثر القانون بمبادئ الأخلاق في المجال الذي لا يعتبر فيه الواجب تكليفاً قانونياً والتزاماً مدنياً لسقوط قوته الملزمة، إذ يملأ مسخلاً وسفلاً بين الواجب الأدنى وبين التكليف القانون دون أن يجرده من الجزاء استجابة لمقتضيات الأخلاق وكثيراً ما سلك المصانون هذا السبيل إذا فقد الالتزام النعدي قوته الملزمة لسبب من الأسباب كالتقادم مثلاً وسقط عن التزم به. فإذا انقضت المدة المحددة قانوناً للمطالبة بالحق سقط الحق بالتقادم ولما كانت قواعد الأخلاق لا تفر شياً عن الحق على مناحيه المصغرة عدم المطالبة به فقد حاول القانون التوفيق بين دواعي استقرار التعامل وبين مقتضيات

الأخلاق. باعتبار الحق الذي سقط بالتقادم التزامًا طبيعيًا دون أن يقر ضياعه فالحق الذي يسقط بالتقادم لا يتقضي وجوده إنما يفقد قوته الملزمة فلا يغير المدين قضاءً على الوفاء به، غير أن المدين به إذا نفذ عن بيته واختيار صبح التنفيذ واعتبر وفاة بها في الدعة من حق لا تيرعًا، ولا يجوز التراجع فيه لاسترداد ما دفع.

### المبحث الثالث

#### التمييز بين قواعد القانون وقواعد العدالة

##### تمهيد:

يفترضنا التمييز بين قواعد القانون وبين قواعد العدالة، تعريف قواعد العدالة وتفصيل خصائصها أولاً، والإشارة إلى وجوه الشبه والاختلاف بينها وبين خصائص القاعدة القانونية ثانياً، والتعرف على مدى صلة القانون بها أخيراً.

##### معنى قواعد العدالة:

لما كانت العدالة تعني التعبير عن الشعور بالمساواة الواقعية لا المجردة، وهي المساواة القائمة على مراعاة الظروف والجزئيات في كل حالة وبالنسبة لكل شخص<sup>(١)</sup>، فإن في وسعنا القول أنها تعني الشعور بالإنصاف، وهو شعور كامن في النفس يجعله الضمير النقي والعقل السليم ويرجي بحلول تسري على الأشخاص والحالات مراعية دقائق الظروف والجزئيات هادفة إلى إبقاء كل ذي حق حقه. وهذا الشعور يتأثر بمجموعة قواعد تعرف باسم قواعد العدالة تصدر عن مثل أعلى يهدف إلى خير الإنسانية وحسن التنظيم الاجتماعي وعليه، فإن العدالة تعني الشعور بالإنصاف شعورًا قلمه قواعد العدالة، أما قواعد العدالة فتعني مجموعة من القواعد تصدر عن مثل أعلى يستهدف خير الإنسانية والمجتمع بها بدلاً النفوس من شعور بالإنصاف وما يبرحي به من حلول منصفة.

(١) عبد الباقي الكركي: المدخل لدراسة القانون والشرعية، ص ١٨٤.



### خصائص قواعد العدالة:

تتميز قواعد العدالة بالخصائص الآتية:

أولاً: أنها عامة اجتماعية فهي عامة، شأنها شأن أية قاعدة، لأن أحكامها لا تنصرف إلى أشخاص محددين بذواتهم ولا إلى أفعال محددة بأسمائها. وهي اجتماعية، لأن العدالة تعبر عن مبدأ من مبادئ الحياة الاجتماعية، هو المساواة. والمساواة قاعدة من قواعد التنظيم الاجتماعي تهدف إلى رسم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع.

ثانياً: أنها تصدر عن مثل أعلى يرمي إلى خير الإنسانية وصالح المجتمع بما يعليه عمل المشرع في تشريعه، وعلى القاضي في قراراته، من لزوم توخي الإنصاف في وضع حلوله.

ثالثاً: أنها قواعد متغيرة لا توصف بالثبات. لأن العدالة رد فعل لأحداث اجتماعية، يقبل التغير بطبيعته بتفاوت الزمان والمكان. ولأن العدالة لا تقوم على فكرة الخير المطلق وهو الخير في ذاته مجرداً من أي اعتبار آخر، وإنما تقوم على فكرة بذل الخير إلى الفرد والجماعة، وتقرير الخير والشر في ظل العدالة يتأثر بتباين الظروف. فقد يبدو التصرف الواحد خيراً في ظروف ويظهر مصدر شر في ظروف أخرى. والحق أن فكرة المساواة التي تركز عليها العدالة هي وحدها الحقيقة الأبدية أما مظاهر العدالة وما يعليه من حلول فلا يمكن وصفها بالخلود والثبات لتأثرها بعامل الزمان والمكان ومقتضيات الظروف والحاجات.

رابعاً: أنها لا ترشد إلى حلول قاطعة ثابتة وإنما عملاً النفس شعوراً بالإنصاف فهي لا تمثل على المشرع حكماً قاطعاً ولا تلهم القاضي معياراً دقيقاً ثابتاً وإنما يتجلى أثرها في التخفيف من صرامة الأحكام من جهة، وفي سد المنافذ أمام القاضي في طريق التكول عن الأحكام بحجة انتقاد المصادر الرسمية للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق على ما يعرض عليه من قضايا من جهة أخرى.

خامساً: أنها قواعد يشوبها الغموض والتشتت، فهي ليست واضحة المعالم والمبدول، بسبب تغاير مفاهيمها وحدودها بتغاير الظروف والحاجات. كما أن قواعدها لا تستقر في موطن واحد لأنها تستمد مثل أعلى يلهم النفوس شعوراً بالإنصاف وبسبب ما تقدم، يتعذر التعرف بدقة على هذه القواعد كما يعسر الإلمام سلفاً بأحكامها.

سادساً: أنها قواعد ملزمة لاقتراحها بجزاء يلحق مخالفتها، إلا أن جزاءها ليس من طبيعة واحدة، وإنما يختلف باختلاف دورها في الحياة القانونية فقد تقتل بجزاء مادي متى اعتبرت

مصدرًا رسميًا للقانون. وهي تعتبر كذلك، إذا أحال النص القضاء عليها عند اقتناء المصادر الرسمية المعروفة للقاعدة القانونية كالنص التشريعي وقواعد العرف. ويكون جزاؤها أدبيًا في الحالات التي لا تدخل فيها في عداد مصادر القانون الرسمية.

لذلك يصح القول أنها تقف من حيث القوة الملزمة وسطًا بين قواعد القانون وبين قواعد الأخلاق فهي أضعف قوة من قواعد القانون وأقوى من القاعدة الخلقية. ذلك لأن قواعد القانون تفتقر أبدًا لإكراه اجتماعي تقتضيه مصلحة الجماعة يبدو في صورة جزاء مادي هو العقاب، ولأن القاعدة الأخلاقية تتبع بمحض اختيار الأفراد وبدافع من إحساسهم بجذورها ويكون جزاؤها أدبيًا صرفًا في صورة وعز الضمير أو سخط المجتمع واشمئزازه، أما قواعد العدالة فتقرن جزاء مادي إذا وجب على القاضي الرجوع إليها في حكمه ويكون جزاؤها أدبيًا في الحالات التي لا يتحتم فيها على القاضي إليها. ومع ذلك فإن الدافع إلى اتباعها يبدو أقوى من الحافز الأخلاقي، لأن شعور المجتمع بجذورها لتحقيق النظام والصالح العام يكون أشد من إحساس المجتمع بجدوى انتقاد بقواعد الأخلاق.

#### وجود الشبه والاختلاف بين قواعد القانون وبين قواعد العدالة:

تشابه قواعد العدالة قواعد القانون في بعض الخصائص. ذلك لأنها قواعد عامة، كقواعد القانون وسائر القواعد. ولأنها تتميز بصيغتها الاجتماعية كسائر القواعد الاجتماعية. فقواعد العدالة تركز اهتمامها على التنظيم الاجتماعي كقواعد القانون، وخلقًا لقواعد الأخلاق التي توصف بأنها قواعد حياة فردية بسبب ارتكازها على فكرة الخير المطلق في تحديد سلوك الفرد تجاه غيره. إلا أن تمة فروقًا هامة تقوم بين قواعد القانون وبين قواعد العدالة نوجز ذكرها فيما يأتي:

أولاً: اختلافها من حيث الغاية المباشرة. فقواعد القانون تهدف إلى حسن التنظيم الاجتماعي عن طريق ضبط النظام واستقرار المعاملات وتقرير العدل، أما قواعد العدالة فتقوم على فكرة الخير شأنها شأن قواعد الأخلاق وإن كان الخير الذي نرسي إلى تحقيقه هو الخير الاجتماعي وليس الخير المطلق الذي تهدف قواعد الأخلاق إلى إدراكه. والخير المطلق هو خير الفرد أي الخير في ذاته مجردًا من أي اعتبار اجتماعي. أما الخير الاجتماعي فيعني إحسانًا فعليًا يصدر من شخص إلى آخر أو من فرد إلى الجماعة فيعمل على إشاعة الخير في المجتمع.

ثانيًا: اختلافها من حيث الجزاء. ذلك لأن قواعد القانون تقتصر بجزء ما من مادي تفرضه السلطة العامة. أما جزاء قواعد العدالة فأدبي يوقعه ضمير المجتمع وضمير الفرد، وإن جاز أن يكون ماديًا تفرضه السلطة العامة عندما تعد قواعد العدالة مصدرًا رسميًا للقانون.

ثالثًا: اختلافها من حيث الوضوح والاستقرار. فقواعد القانون قواعد واضحة المعالم لينة الحدود تستقر في مواطن معروفة يسهل الرجوع إليها والإلمام بمضمونها، أما قواعد العدالة فيكتنفها الغموض ويسودها التشتت ويعوزها الثبات. فلا موطن يجمعها يثير الرجوع إليه. ولا معالم محددة لها يسهل التعرف عليها. هذا فضلًا عن تأثيرها بتغاير الظروف والأوضاع والحاجات تأثر بعاملَي الزمان والمكان.

رابعًا: ترشد قواعد القانون القاضي إلى حلول قاطعة يستفيد من نصوصها مباشرة عند وضوحها وبصورة غير مباشرة أي من طريق التفسير عند غموضها أو نقص أحكامها أما قواعد العدالة فلا تمل على أي من الشرع والقاضي أحكامًا قاطعة وإنما تملأ نفسيهما بشعور يوحى بالأحكام والقرارات المتصفة. ومدى الإنصاف في هذه الأحكام والقرارات أمر يتأثر بتغيره بالظروف والأوضاع والحاجات والقيم الاجتماعية.

خامسًا: توصف قواعد القانون بالتجرد مادامت تعني بالظروف الجوهرية والاعتبارات الرئيسية دون دقائق الظروف وجزئياتها، لأنه يهدف إلى تحقيق العدل وتعمد في أحكامها بالوضع الغالب، ولما كانت قواعد العدالة تنوحي تحقيق الإنصاف الذي يقتضي الاهتمام بالظروف الخاصة والاعتبارات الثانوية فإن صفة التجريد فيها تبدو باهتة.

#### صلة القانون بقواعد العدالة:

تقوم بين القانون وبين قواعد العدالة وثقى تشبهها في أمرين. أولهما، أن دائرة قواعد العدالة تمثل أحيانًا مرحلة وسطى تمر بها قواعد الأخلاق في طريق تحولها إلى دائرة القانون، ذلك لأن نضج الوعي الاجتماعي وسمو إحساس الجماعة بجذوى بعض القيم الأخلاقية تفضي إلى تحول هذه القيم إلى قواعد قانون إلا أن هذا التحرك لا يبدو على نحو واحد في جميع المجتمعات وإنما يختلف باختلاف أنماط تطورها. أما إذا تطور المجتمع على نحو متدرج بتأثير من سمو الوعي الاجتماعي وسمو الإحساس بجذوى بعض القيم مرت قواعد الأخلاق بدائرة قواعد العدالة في طريق تحولها إلى دائرة القانون. فتتحول قواعد الأخلاق إلى قواعد عدالة ثم تصبح بعدئذ قواعد قانون.

ثانيها: أن قواعد العدالة تؤثر كثيرًا في الحياة القانونية. ويبدو تأثيرها في الجماعين، هما،

تأثيرها في دائرة التشريع، وتأثيرها في نطاق القضاء. ذلك لأن المشرع، ما دام هو الحفيظ على الصالح العام والساهر على تحقيق العدل والأخذ بيد المجتمع في طريق التقدم والأصلاح، ومادامت قواعد العدالة تستهدف خير المجتمع والسمو بالتنظيم الاجتماعي، فعليه أن يستلهمها وإن يستقي أحكامها منها.

وكلما قطع المشرع في درب التشبع بروح الإنصاف فيها بصوغه من نصوص شروها أبعد، كلما اقترب بقانونه من مرتبة الكمال:

ولأن على القاضي أن يرجع إلى قواعد العدالة ليؤسس حكمه عليها متى افتقد النص القانوني وعجز عن استنباط الحكم في قضية ينظرها من المصادر الرسمية الأخرى للقانون وقد ألزمته ملأفة من القوانين الوضعية الحديثة بذلك، ومنها القانون المدني العراقي فجاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى من تفنيها المدني ما يأتي (فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة).

وواضح، أن المشرع العراقي وغيره من المشرعين، قطعوا بهذا النص على القاضي طريق الامتناع عن إصدار الحكم في قضية معروضة عليه بحجة افتقاد المصادر الرسمية المعروفة للقانون، وذلك بالزامة بالرجوع إلى قواعد العدالة لإصدار حكمه في كل حالة يقتضيه فيها المصادر الرسمية التي تعلوها منزلة: ومع أن قواعد العدالة ليست واضحة المدلول ولا بيئة المعالم، إلا أن على القاضي أن يجتهد برأيه ليحسم القضية المنظورة من قبله وفق ما يقتضيه الشعور بالإنصاف من تقرير العدالة بين الناس؛ وعلى القاضي عندما يستوحي حكمه منها، أن يصدر في اجتهاده عن اعتبارات موضوعية وليس عن اعتقاده الخاص. فلا يحق له أن يؤسس حكمه على عقيدته ومثله وأفكاره الخاصة وإن يطبق ما كان يضعه هو من قواعد لم أنيط به تشريعها، وإلا أصبح القاضي مشرعاً وهو أمر لا يجوز، وإنما عليه أن يتأثر بالاعتبارات الموضوعية التي تلم بمجتمعهم، وأن يسترشد بالمبادئ العامة للقانون التي تستنبط منها القواعد التفصيلية، سواء كانت مبادئ قانونية تقوم عليها تشريعات دولته أو مبادئ قانونية مشتركة بين قوانين الأمم.

والحق، أن لتأثير قواعد العدالة في حقل القضاء اليد الطولى في تطوير القانون: فقد عمل القضاء من طريق الاجتهاد في الرأي على تلا في قصور التشريع وسد نقائصه بتقرير عدد من



النظريات والأحكام العادلة، كنظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة ومبدأ تحمل التبعة ومبدأ الضمان وأحكام المسؤولية التقصيرية المبينة على خطأ مغروض وأحكام الملكية الأدبية والفنية والصناعية.

### المبحث الرابع

#### صلة القانون بسانر العلوم الاجتماعية

يقصد بالعلم الاجتماعي، العلم الذي يتناول على دراسة الإنسان باعتباره عضواً في مجتمع. وعلم القانون كما تبين لنا، علم اجتماعي، لأنه يضم قواعد سلوك اجتماعية تحكم تصرفات الفرد وتنظم علاقاته مع أبناء جنسه. ومادام القانون يستقر في دائرة العلوم الاجتماعية، فلا بد من وجود صلة وثقى بينه وبين سائر هذه العلوم، كعلم السياسة والاقتصاد والاجتماع والتاريخ والفلسفة وغيرها. تبدو في صورة تأثره بها وتأثيره فيها.

أما علاقته بعلم السياسة فتتضح حين يعرض القانون لتنظيم الكيان السياسي للدولة، محدداً شكل نظام الحكم، والسلطات القائمة فيها، منتظماً العلاقات بين هذه السلطات من جهة وبينها وبين الشعب من جهة ثانية. ذلك لأن على المشرع عندما يتصدى لهذا التنظيم، أن يحيط علماً بالنظريات السياسية من جهة وبالظواهر السياسية في دولته من جهة أخرى ليحيي ما يصوغه من قواعد ترجح للفكر السياسي في مجتمعه وبصورة لما يتلقفه من علم السياسة من نظريات في ضوء الاتجاه السياسي الذي يسلط على مجتمعه وفلسفة نظام الحكم فيه.

وصلته بعلم الاقتصاد تتجلى في دائرة المعاملات المالية. فهو إذا اتجه إلى تنظيم علاقة الفرد بغيره من حيث المال وتحديد سلطة الشخص على المال، التفت إلى علم الاقتصاد لينهل منه الحلول. وإذا كان علم الاقتصاد يعني بالبحث في إنتاج الثروة وتوزيعها، فإن القانون تسول تنظيم كثير من هذه الجوانب بما يقرره من قواعد للملكية ومن ثم تنظيم لتداول الأموال ومن رسم لنظرية العقد، والعقد أداة هامة في تداول المال. كما تلعب الاعتبارات الاقتصادية دوراً

هائما في نشوء القاعدة القانونية، فإن مضمون هذه القاعدة يتأثر دائماً بالسياسة الاقتصادية للدولة وبالفكر الاقتصادي الذي يسودها.

وأما تأثيره بعلم الاجتماع فيبدو حين يتصدى لتنظيم واجبات الفرد ومسلكه حيال أفراد جنسه، ويظهر جلياً في دائرة الأحوال الشخصية عندما يتناول بالتنظيم علاقة الفرد بأسرته. وإذا كان علم الاجتماع يعني بدراسة الظواهر الاجتماعية ومتابعة سلوك الفرد في الجماعة، فقد نفع منه في الوقت الحاضر فرع يطلق عليه اسم علم الاجتماع القانوني الذي يركز اهتمامه على دراسة سلوك الشخص تجاه القواعد القانونية المطبقة وعلى استخلاص النتائج الاجتماعية المترتبة على سن تشريع أو تعديله أو إلغائه.

ويعتبر هذا العلم موجهاً للسياسة التشريعية من جهة ودليلاً على نجاحها أو فشلها من ناحية أخرى. فهو الذي يحفز المشرع على سن قاعدة تعالج وضعاً اجتماعياً يتذرر بإخطاره، أو على إلغاء قاعدة أثبت علم الاجتماع القانوني أنها ولدت ميتة، أو على تعديل قاعدة كشفت هذا العلم عن عجزها وقصورها عن تحقيق الغرض المرجو منها.

ورابطته بعلم التاريخ لا سبيل إلى إنكارها لأن الدراسة التاريخية تلقي الضوء على القواعد القانونية القديمة وتعين رجل القانون في تقديرها وتحدد مسلك المشرع حيالها. فهي بها تقدمه من معلومات تكفل للمشرع نهجاً سليماً في تشريعه فيحدد بعونها موقفه من القواعد القديمة من نبد أو إبقاء. وهي تساعد رجل القانون في تفهم القواعد القائمة التي قد لا يسهل إدراكها إلى في ضوء الإلمام بالظروف المحيطة بها وقت نشوئها. وهي بها تزخر به من مخارب ماضية تسهم في إقامة الحاضر على أسس قانونية مينة.

وللقانون صلة وثقى بالدراسات الفلسفية ويكفل من علم النفس وعلم المنطق. إذ تصفني الفلسفة على البحث القانوني الأصالة والعمق وسعة الإحاطة. ويعين علم النفس في وضع القاعدة القانونية مضموناً وصياغة وزمناً على نحو يتسجم مع الرغبات الكامنة في نفوس الجماعة. ويساعد علم المنطق في تحديد مضمون القاعدة القانونية وتبريرها وتفسيرها.

وخلاصة القول أننا نجد تداخلاً واضحاً وتأثيراً متبادلاً بين القانون ومبادئ العلوم الاجتماعية. وإذا قلنا أن قواعد القانون تعتبر تنظيماً دقيقاً لما يستخلص من هذه العلوم، لزمنا القول أن قواعد القانون هي التي ترسم حدود العلوم الاجتماعية الأخرى وتحدد تصنيفها من التطبيق في واقع الحياة وتشمل مضمونها تعديلاً وتحديثاً. ولذلك فإننا إذا تطلبتنا من رجل القانون الإلمام بقسط من المعرفة في مختلف العلوم الاجتماعية فيحسن بنا أن نطلب من كل

متخصص في أي علم اجتماعي الإلمام بالمبادئ الأساس التي تحدد الإطار القانوني المحيط بتنظيم المجتمع. وبسبب هذا التداخل والتأثير المتبادل تقرر الباحثين إلى العلوم الاجتماعية كمجموعة من الثقافات تتابع دراسة سلوك الإنسان زماناً ومكاناً وأطلقوا عليها اسم مجموعة العلوم الإنسانية.





## الباب الثاني

### مصادر القانون

#### الفصل الرابع:

##### المصادر الرسمية

#### الفصل الخامس:

##### المصادر التفسيرية أو غير الرسمية

### مصادر القانون

يجب أن نأخذ بعين الاعتبار أن تعريفنا على القاعدة القانونية فحددنا معناها وتفهمنا خصائصها أن نتابع دراستها في نشوئها وتطبيقها وقائدها. بتسلسل منطقي وذلك يقتضي أن نصلح بحوثنا فيها بدراسة مصادرها. فقد تبين لنا في الباب الأول أنها تبدو في صورة تكليف تتوجه به إلى الأشخاص في المجتمع سلطة أمرة. تمثل حق التكليف أي كانت دولة، أو مجتمعاً أو الذات الإلهية فتمرضه وتكفل احترامه. ونريد في هذا الباب أن نكشف عن كيفية نفاذها إلى حين الوجود والتطبيق واكتسابها صفة الشرعية والإلزام.

### معنى المصدر:

يراد بهذا اللفظ الأصل الذي يرجع إليه الشيء أو البتويج الذي ينبع منه. وعلى هذا المعنى اللغوي ركز رجال القانون اهتمامهم في بحث مصادر القانون إلا أنهم قرئوا هذا اللفظ بوصف يؤثر في تحديد موقع المصدر في دائرتي نشوء القاعدة أو تطبيقها الملزم وقد أدى تعدد الأوصاف لفظ المصدر إلى تعدد معانيه من حيث موقعه. وتبرز من هذه المعاني أربعة هي الآتية:-

أولاً- المصدر التاريخي ويقصد به المرجع الذي استقى منه المشرع أحكام تشريعه فيقال إن المشرع العراقي استمد أحكام القانون المدني من مصدرين تاريخيين هما الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري.

ثانياً- المصدر المادي أو الحقيقي والموضوع. وهو المصدر الذي يزود القاعدة القانونية بمضمونها أي بمادتها. ويعني جميع الأصول الواقعية والفكرية التي تلم بمجتمع ما فتشمل الظروف الطبيعية والجغرافية والسياسية والاقتصادية والقيم الأخلاقية والدين والمثل العليا التي تسود مجتمعا. ويصب اهتمامه على دراسة الإنسان طبيعياً ووسطاً وظرفياً. والإلهام بالمصادر المادية يفيد الإجابة عن السؤال مم يتكون القانون؟ وهي إجابة تقتضي البحث في طبيعة القانون والتطرق إلى مختلف النظريات والاتجاهات المتباينة التي نشأت في نطاق هذا البحث.

ثالثاً- المصدر الرسمي. ويعني الطريق الذي تنفذ منه القاعدة أو الوسيلة التي تخرج بها إلى حيز الوجود لتصبح واجبة التطبيق وتسمى أيضاً المصدر الشكلي فهو يسمى مصدراً رسمياً لأنه يعني الطريق المعتمد الذي تكتسب مادة القاعدة شكلها الملزم بمرورها منه فتصبح واجبة الاتباع وهو يسمى مصدراً شكلياً لأنه يعني الشكل الذي تظهر منه الإرادة الملزمة للجماعة. وبهذا المعنى نقول أن التشريع والعرف مصدران رسميان للقانون.

رابعاً- المصدر التفسيري ويعني المرجع الذي يستعان به لإزالة ما في ألفاظ القاعدة من غموض ولا متكامل نقص أحكامها وإزالة التعارض بين أحكام عدد من القواعد وقد يسمى المصدر التفسيري مصدراً غير رسمي.

نقول إن الفقه والقضاء يعتبران من المصادر التفسيرية في أكثر الأنظمة القانونية المعاصرة.

### المعنى الذي سيتحدد به بحثنا:

لن نتطرق في هذا البحث إلى المصادر المادية أو الحقيقية للقاعدة القانونية لأنه بحث يعنون عادة بدراسة طبيعة القانون وقد استبعدته مناهج الدراسة في كلية القانون والسياسة من موضوعات أصول القانون الذي يدرس في السنة الأولى تقديرًا منها لسعة البحث وتشعبه ولأن الإلمام به يندق على طالب القانون في المرحلة الدراسية الأولى.

وسنذكر اهتمامنا على المصادر الرسمية للقانون على اعتبارها وسائل التعبير الملزمة والتي تكسب القاعدة القانونية عن طريقها صفة الإلزام في التطبيق.

وسنعني كذلك بالبحث في المصادر التفسيرية للقانون تقديرًا من نصلتها الوثقى بالمصادر الرسمية. فهي التي تعين رجل القانون في توضيح ما يشوب القاعدة القانونية من إبهام أو ما يكتنفها من نقص أو ما يلاحظ من تعارض بينها وبين غيرها. وكثيرًا ما رجع المشرع إلى آراء الفقهاء وأحكام القضاء وهما مصدران تفسريان في ظل أغلب القوانين ليستمد منها بعض أحكام قانونه وقد ترقى منزلة المصادر التفسيرية أحيانًا اسم المصادر غير الرسمية تمييزًا لها عن المصادر الرسمية. ذلك لأن المصادر الرسمية تعتبر مصادر إلزام أما المصادر غير الرسمية فتعتبر مصادر إجماع وإقناع.

### حصر مصادر القانون وتفاوت أهميتها:

يفترضنا استقراء التاريخ البشري، الإلمام بمواقع الحياة القانونية المعاصرة وإمعان النظر في طبيعة الحياة الاجتماعية، القول أن مصادر القانون ستة هي من حيث تسلسل ظهورها الزمني في رأينا: العرف والدين والتشريع والفقهاء والقضاء وقواعد العدالة. فقد اقتضى وجود المجتمع البشري نشوء الروابط الاجتماعية، واقتضى قيامها إلى تصادم الحقوق ونشوء المنازعات. فكان لابد من العثور على حل للنزاع. وقد أحسن الإنسان عقله لحله وهذه تفكيره إلى الحل المنشود. ثم توافر اتباع نفس الحل في المنازعات المماثلة بدافع من حب التقليد تشبهاً بإقرار الأمن والنظام وكان اتباعه يادى الأمر بمنحفض الاختيار. ثم أضحى بعد زمن كفل للحل الاستقرار والرسوخ ونما خلاله شعور الجماعة بضرورته. حلاً واجب الاتباع. فأصبح ملزماً وصار قاعدة عرف وأضحى العرف أول مصدر للقانون في المجتمع البدائي. ثم ظهر التشريع كمصدر آخر عندما دخل المجتمع دور التنظيم الساسي وبرزت فيه سلطة

يدين لها الأفراد بواجب الولاء.

فأخذت تعلن قواعد العرف مباشرة أو بعد أن تثولها تذييلًا. وتضع ما تراه لازمًا من قواعد قانونية أخرى في صورة تشريع تسه وتوجه به إلى أفراد مجتمعاتها. وقد ظهرت الأديان في المجتمعات البدائية قبل وجود التشريع لتهدب قواعد العرف القائمة قصورها. كما تنزلت الأديان السبوية معاصرة أو نالية لشعوب المجتمعات المنظمة تنظيمًا سبسيًا، سواء ما نزل منها في صورة تشريع إلهي تلزم الدولة باتباعه، أو في صورة قواعد القانونية روح الفضيلة. مستهدفة النمو بالنفس الإنسانية ورامية إلى تحقيق خير الجماعة ويرز الفقه والقضاء بعد حين كمصدرين رسميين للقانون. فأصبحت آراء الفقهاء وأحكام القضاء من مصادر القوانين وصارت السوابق القضائية بعد التنظيم القضائي قواعد ملزمة للمحاكم وقد كان اعتبار قواعد العدالة مصدرًا رسميًا للقانون قريبًا بالقضاء في وجوده فكثير ما عالج القضاء جود القانون الوضعي أو نقصه بالجوء إلى قواعد العدالة ليستلهمها الأحكام.

ومصادر القانون وإن كانت بمجموعها تكاد تكون واحدة في جميع المجتمعات إلا أن تحديد ما يعد منها مصدرًا رسميًا وما يعتبر مصدرًا تفسيريًا تبعًا لأهميتها يختلف باختلاف الجماعات وفقًا لظروفها ويتباين بتفاوت الزمان ولا يشذ عن ذلك غير التشريع والعرف اللذين أجمعت المجتمعات قديمها وحديثها على اعتبارهما مصدرين رسميين للقانون على تفاوت بينهما من حيث الأهمية. ولذلك يوصفان بأنها المصدران العامان للقانون لأفراد وجودهما كمصدرين رسميين في جميع الشرائع عبر العصور. أما ماسواهما من المصادر فقد تباينت أهميتها بحسب المكان والزمان فقد كان الدين يومًا ما وفي المجتمع الإسلامي قمة المصادر الرسمية للقانون. ولكن أهميته تضاعفت في وقتنا الحاضر في كثير من الدول الإسلامية ليعتبر مصدرًا رسميًا أصليًا في نطاق ضيق تارة ومصدرًا رسميًا احتياطيًا تارة أخرى. والفقه والقضاء خلا منزلة سامية بين المصادر الرسمية في بعض المجتمعات غير أن أحدهما وهو الفقه بقيع الآن في دائرة المصادر التفسيرية. ولا يرقى شأنهما إلى مرتبة المصادر الرسمية إلا في مجتمعات معاصرة قليلة العدد.

ومع ذلك وأيًا كان نصيب الدين من الأهمية في دائرة مصادر القانون، إلا أنه لا يغفل عن أثر في الحياة القانونية. فهو من العوامل الاجتماعية التي تتفاعل مع حقائق الحياة لتجسيء القاعدة القانونية ثمرة هذا التفاعل. كما أن الفقه والقضاء رغم ابتعادهما عن دائرة المصادر الرسمية واستقرارهما في كثير من المجتمعات المعاصرة في منطقة المصادر التفسيرية إلا أنهما



لاشك فيه أنها بسهولة في إنشاء القاعدة القانونية وتوجيه المصادر الرسمية على اعتبارها مصدر إبداء بما ينبغي نفاذه من قواعد السلوك الاجتماعي في دائرة القانون.

### مصادر القانون العراقي.

حددت المادة الأولى من القانون المدني العراقي المصادر الرسمية والتفسيرية للقانون في فقرتيها الثانية والثالثة. فقد عدت فقرتها الثانية المصادر الرسمية ونصت على ما يأتي:-  
«إذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين. فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة».

وأشارت فقرتها الثالثة إلى المصادر التفسيرية فتتضمن ما يأتي  
«وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تقارب قوانينها مع القوانين العراقية».

يتضح من نص الفقرة الثانية، أن المصادر الرسمية للقانون المدني العراقي أربعة، هي بحسب تسلسل أهميتها: التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون المدني وقواعد العدالة، أما المصادر التفسيرية فهي طبقاً لنص الفقرة الثالثة مصدران هما القضاء والفقه.

### تقسيم البحث:

وسيكون بحثنا في مصادر القانون في ضوء ما نصت عليه المادة الأولى من التقنين المدني العراقي. فنقسم هذا الفصل إلى فرعين نتكلم في أولهما في المصادر الرسمية للقانون، ونتناول في ثانيهما البحث في مصادر التفسيرية. وإذا كنا نلتزم في تسلسل البحث بما حدده القانون المدني العراقي من مصادر رسمية ومصادر تفسيرية وبرتبه لنا إلا أننا لن نقصر نظرنا على القانون العراقي وحده بل سنبحث في هذه المصادر بحثاً عاماً لنكشف عن مدى أهميتها في مختلف المجتمعات عبر العصور ومدى تأثيرها في تطور القانون.



## الفصل الرابع

### المصادر الرسمية أو الشكلية للقاعدة القانونية

#### المصادر الرسمية للقانون العراقي:

حددت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي مصادر القانون العراقي الرسمية وذكرتها حسب تسلسل أهميتها: -

فجعلت النص التشريعي أعلاها منزلة واعتبرته المصدر الأصلي. فإذا لم يجد القاضي نصاً يطبقه نكس عليه الرجوع إلى مصادر رسمية أخرى، هي بمثابة مصادر احتياطية. ويتقدم العرف هذه المصادر الاحتياطية تليه مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص التقنين المدني دون التفتيد بمذهب معين، فإن لم يجد القاضي قاعدة عرف أو مبدأ شرعياً، فعليه أن يرجع إلى قواعد العدالة ليستلهم منها حكمه، وهو في رجوعه إليها إنما يجتهد برأيه، غير أن عليه أن يصدر في اجتهاده عن اعتبارات موضوعية لا عن تفكير ذاتي خاص.

وجدير بالذكر، أن ما تولى المشرع العراقي تحديده أسماً وترتيباً في الفقرة الثانية من المادة الأولى المشار إليها، هي المصادر الرسمية للقانون المدني. أما بالنسبة إلى سواء من القوانين فإن أهمية بعضها تتضاءل أو تتلاشى، وقد تبرر إلى جانبها مصادر رسمية أخرى. وإذا كان التشريع يحمل منزلة سامية بين المصادر الرسمية في مختلف فروع القانون فإن المصادر الأخرى لا تحمل نفس المنزلة، بل يتفاوت نصيبها من الأهمية بتفاوت فروع القانون فالتشريع هو المصدر الفردي للقانون العقابي، والتشريع والعرف هما مصدر القواعد الدستورية والتشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية هما المصدران الرسميان الوحيدان لمواد الأحوال الشخصية، ولقانون العمل مصادر متعددة، يختلف بعضها عن مصادر القوانين الأخرى منها مصادر رسمية داخلية كالشريع والعرف وأحكام القضاء ومنها مصادر دولية كالمعاهدات الدولية سواء كانت هذه المعاهدات ثنائية تعقد بين دولتين لتحديد شروط العمل الواجبة التطبيق على رعايا الدولتين عند انتقالهم إلى الدول الأخرى أو كانت تبرم عن طريق منظمة العمل الدولية لوضع قواعد تنطبق على الدول الموقعة على المعاهدة. وللقانون التجاري مصادر رسمية هي نصوص القانون التجاري والمدني والاتفاقيات والعرف التجاري، ومع ذلك فإن المصادر

الرسمية المحددة في التقنين المدني هي ما نعتديها في بحثنا هذا. فالتشريع مصدر عام لجميع القوانين والعرف مصدر عام لجميع القوانين. باستثناء القانون الجنائي وقانون الأحوال الشخصية والشرعة الإسلامية تبسط سلطاتها في دائرتي الأحوال الشخصية والقانون المدني. وعلى العموم فإن تضائل أهمية بعض هذه المصادر في بعض فروع القانون أو انعدامها وظهور مصادر رسمية أخرى لبعض القوانين تقف إلى جانبها مما يتناوله شراح هذه القوانين بالتفصيل لا بعض من قيمة ما تولي القانون المدني تعديه من المصادر. فالقانون المدني هو عماد القانون الخاص بمختلف فروعه وإلى المصادر الرسمية التي ذكرها يمكن أن ترد إليها أغلب مصادر فروع القانون الأخرى.

#### تقسيم

وفي ضوء ما تقدم من بيان للمصادر الرسمية للقانون. سنوزع هذا الفصل إلى أربعة مباحث. نخصصها للكلام في التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة على التوالي ويلاحظ على هذا التقسيم أننا لم نقرء للقضاء مبحثاً خاصاً بالرغم من اعتباره مصدراً رسمياً للقانون في بعض المجتمعات المعاصرة. وسبب ذلك أننا أثراً التصدي للبحث فيه في معرض تفصيلنا للمصادر التفسيرية للقانون تأثراً منا بوضعه الغالب. فالقضاء يعتبر مصدراً رسمياً للقانون حيث يوجد نظام السوابق القضائية وكثير من القوانين الحديثة لا تقر هذا النظام. وذلك فهو يعتبر في أغلب المجتمعات المعاصرة مصدراً تفسيرياً للقانون فحسب. غير أننا وعند الكلام فيه سنعرض إلى تفاوت أهميته بتفاوت المجتمعات ونشير إلى منزلته كمصدر رسمي للقانون في بعضها.

### المبحث الأول

#### التشريع

##### تعريف التشريع:

تفيد كلمة التشريع معنيين أولهما: قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة وإعطائها قوة الإلزام. والتشريع بهذا المعنى هو ما يعتبر مصدراً رسمياً للقانون وثانيهما النص الذي يصدر من السلطة العامة المختصة بسننه في الدولة



المتضمن قاعدة قانونية أو أكثر ضيقت في النص صياغة فنية مكتوبة. والتشريع بهذا المعنى يفيد ما يفيد القانون بمعناه الخاص. يتضح من ذلك أن التشريع بمعناه الأول يعني عملية سن النص التي يخرج بها مضمونه إلى حيز الوجود والإلزام. وهو بمعناه الثاني: يعني النص في حد ذاته الذي يعتبر صورة من صور القانون.

#### خصائص التشريع:

يتميز التشريع بالخصائص الآتية:-

- (١) قيام سلطة عامة مختصة بوضعه.
- (٢) اشتغاله على قاعدة تنوافر فيها جميع خصائص القاعدة القانونية من عمومية وتجريد وإلزام وتنظيم سلوك الأشخاص في المجتمع.
- (٣) صلب مضمون القاعدة التي يحتضنها في صيغة مكتوبة.

#### مزايا التشريع وعيوبه:

- يتميز التشريع بجملة من المزايا يفضل بها غيره من المصادر الرسمية للقانون هي:
- (١) وضوحه: ذلك لأن وضعه في نصوص مكتوبة وصياغته صياغة فنية دقيقة وصية في لغة بعيدة عن التعقيد سليمة من الإبهام عوامل تضفي عليه الدقة والتحديد في المضمون والوضوح في المعنى.
  - (٢) سريانه على إقليم الدولة برمته: ذلك لأن وضعه من قبل سلطة عامة وقدرة الدولة على ضمان طاعته، تجعل من السهل إصداره ليعم مفعوله الدولة في جميع أرجائها. ونفاذه في كل إقليم الدولة يقضي إلى تبسيط التعامل. وإلى توحيد النظام وتوثيق الروابط بين فئات الشعب، وتقوية الأواصر بين أفراد الدولة في مختلف أرجائها. وبذلك يكون عاملاً على تحقيق الوحدة القانونية في الدولة وتنمية التضامن بين أفرادها.
  - (٣) سرعة منه وتعديله: ويتميز التشريع بقصد الوقت الذي يستغرقه صنعه مما يؤدي إلى سرعة في الإنتاج القانوني تلبي حاجة المجتمع إلى إنشاء قواعد جديدة أو إلى تعديل ما هو قائم منها كلما جد جديد في أوضاعه ومتطلباته.
  - (٤) أثره الهام في تطور المجتمع: ذلك لأن وضعه من قبل سلطة مختصة وسرعة منه وإسهام الإرادة العاقلة الواعية في تكوينه عوامل تجعل منه أداة هامة لإصلاح المجتمع والأخذ بيده في طريق التطور السريع.

وعلى الرغم من هذه المزايا فإن ثمة عيبين يكمنان فيه ينشآن عن كونه وليد المشرع. أولاً: أنه قد يؤدي إلى جمود القانون وقعوده عن الاستجابة لمتطلبات المجتمع ومتطلبات التطور. فقد يصدر التشريع عن مصالح ثائية وأهواء شخصية لا تتفق والمصالح العام. وقد يهدف المشرع إلى تحقيق مصلحة المجتمع ولكنه يخيب في تشريعه عن الاستجابة لها؛ لأنه لم يستلهم العوامل الاجتماعية المختلفة التي تسهم في تكوين القاعدة من دين ومثل وتقاليده وبيئة. وقد يستجيب المشرع فيما يسنه لمتطلبات المجتمع. ولكنه يقعد عن تعديل ما سنه أو عن إلغائه إذا تغيرت الظروف وثابتت الحاجات، والمجتمع في تطور مستمر. وثانيهما: أنه قد يتسبب في اضطراب المعاملات والإخلال باستقرار الواجب لها. قد يقصد المشرع تلبية حاجة المجتمع ولكنه يتعجل في سنه فيغلب عامل السرعة عامل الدقة في الصياغة. وقد يفوته استلهم جميع المصادر الحقيقية للقاعدة، لاسيما العوامل الاجتماعية فيجيء تشريعه معيباً أو قاصراً أو متعارضاً مع غيره من التشريعات التي اطمأن لها الناس في روايتهم. وعندئذ يلاحق ما أصدره بالتعديل. وقد تتوالى التعديلات لتصور في أحكامها تسبب فيه عدم أناة المشرع وتسرع في إصدارها قبل أن يعي جوانب النقص وقبل أن يعمق النظر في جميع المصادر المادية للقاعدة القانونية وتكاثرت التشريعات وتوالى تعديلاتها في مسالة معينة تثير المشاكل التي تنشأ عن التنازع فيما بينها من حيث الزمان ويزعزع الثقة بالقانون ويخل بالاستقرار الواجب توافره للمعاملات.

ومع ذلك فإن من اليسير تلافى هذين العيبين بثلاث وسائل. أولاً: إحكام صنعه التشريع ومراعاة الدقة في الصياغة. وثانيها: إسهام ممثلي الشعب في سن التشريع وبذلك يحال دون تحكم السلطة في وصفه. ويقلل إلى حد كبير احتمال سن تشريعات لا تتفق مع أوضاع المجتمع وحاجاته ولا تتجاوب مع إحصائيه ومثله وآماله. ثالثها: ملاحقة المشرع له بالتعديل كلما تطلبت ذلك حاجة المجتمع وتطور أوضاعه وقيمه. بشرط أن يتأني المشرع في التشريع وإن يحيط إلماماً بجوانب نقص التشريع القائم. مستهدياً بالعوامل الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية التي يجيئ مضمون القاعدة ثمرة تفاعلها. وإن يتجنب موالاة له بالتعديل بين فترات قصيرة موالاة تترك التعامل وتنقص من هيبة القانون.

**أهمية التشريع وتفوقه على غيره من المصادر الرسمية للقانون:-**  
يحل التشريع في المجتمعات المعاصرة منزلة الصدارة بين مصادر القانون ويعتبر المصدر الأصلي العام للقانون.

ويقصد بالمصدر الأصلي المرجع الذي يتعين على القاضي الرجوع إليه ابتداء للوصول إلى القاعدة التي يطبقها على النزاع ويستنبط من مضمونها حكمه والتشريع مصدراً أصلياً للقانون فعل القاضي أن يرجع إليه أولاً لحسم ما يعرض أمامه من قضايا ولا يجوز له الركون إلى غيره من المصادر الرسمية إذا لم يجد قاعدة تشريعية أو أحال النص التشريعي القاضي إلى مصدر آخر يستنبط منه حكمه. ويطلق على المصادر الرسمية التي لا يجوز الرجوع إليها في حالة وجود القاعدة التشريعية مصطلح المصادر الاحتياطية للقانون كما نعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة، في القانون المدني العراقي.

ويقصد بالمصدر العام للقانون كل ما لا يحدد تطبيقه بحقل معين من حقول الحياة القانونية ولا يقتصر على مسائل معينة. وإنما يعم جميع فروع القانون ويبسط سلطانه على جميع المسائل إلا ما استثنى من الخضوع له وأحال المشرع حكمه إلى مصدر رسمي آخر. والتشريع مصدر عام للقانون؛ لأنه المرجع الأول في جميع المسائل إلا ما اعتبر المشرع غيره من المصادر مصدره الأصلي. وهو في ذلك يتفوق على غيره من المصادر الرسمية. ويعزى تفوق التشريع في المجتمع المعاصر إلى السببين الآتيين:-

أولهما: ما يتمتع به من مزايا أشرنا إليها. أما عيوبه فمن الميسور تلافيتها بالوسائل التي مر بنا ذكرها. وهي على العموم قليلة الأهمية إذا ما قورنت بكثرة مزاياه. ثانيهما: ما جحد في المجتمع المعاصر من قيم وأحداث أعلنت من شأن التشريع وجعلت منه أداة لتحقيق مقاييسها تحاول حصرها فيما يأتي:

(١) قيام الديمقراطية واستقرار قيمها: ذلك لأن القيم الديمقراطية تعني الإيمان بسيادة الشعب والتمسك بحقوق أفرادها وضمان ذلك يقتضي أن يكون القانون المكتوب هو الصورة الغالبة للقانون لينص فيه على حقوق الشعب وضمان حرياته وليناط سبته بسلطة يجري تكوينها. وفق إرادة الأمة لتضم من يختاره الشعب ويودع ثقته فيه تعبيراً عن سيادته. كما أن إسهام الشعب في تصريف شؤونه يتم عن طريق ما تسنه السلطة التشريعية من تشريع عادي. وهو أبرز صور التشريع تنظيمياً للحياة العامة.

(٢) رسوخ الاشتراكية وتبسيد مفاهيمها في كثير من المجتمعات المعاصرة والقيم الاشتراكية تهدف إلى تغير معالم المجتمع ومثله والسير به نحو حياة أفضل يشيع فيها العدل والخير العام وهي تنفذ تدخل الدولة في مختلف ضروب النشاط واحتكار توزيع مزايا الحياة الاجتماعية وأعبائها. وتدخل الدولة لتحقيق عن طريق القانون الذي تنفذ بواسطته إلى دائرة

الروابط الاجتماعية لتتولاها رقابة وتوجيها، وتتخذ منه سبيلاً لتحقيق العدالة التوزيعية وتعمل منه أداة للخدمة العامة.

٣) تطور المجتمع بها اقترن به من تعقد المعاملات وتزايد ضروب النشاط وتوطد سلطان الدولة، فقد أدى تعدد وتعقد مظاهر النشاط الاجتماعي والاقتصادي في المجتمع الحديث إلى ضرورة مواجهته بالقوانين الملائمة التي تكفل استقرار المعاملات وتشويك تنظيم الحياة الاجتماعية. والتشريع أفضل مصادر القانون مواجهة للتطور لما يتميز به من دقة ووضوح وثبات وسرعة في الإنشاء والتعديل. كما أن توطد سلطان الدولة مكنها بها لها من قوة القهر على فرض احترام ما تسنه من قواعد تشريعية تستجيب لمقتضيات التطور.

### تقسيم البحث:

بعد أن تعرفنا على التشريع بحسن بنا الإلمام بأكثر جوانبه بإيجاز ولذلك تقصينا الإحاطة علمياً بهذه الجوانب أن نوزع هذا البحث على فروع متعاقبة تخصصها للبحث الوجيز فيما يأتي:

- ١) أنواع التشريع وطرق سننها.
- ٢) نفاذ التشريع والرقابة على صحته.
- ٣) نطاق التشريع من حيث المكان والزمان.
- ٤) تفسير التشريع.
- ٥) إلغاء التشريع.
- ٦) التقنين وهو صورة هامة من صور التشريع.

## الفرع الأول

### أنواع التشريع وطرق سننها

يتدرج التشريع من حيث قوته الملزمة تنجده على ثلاثة أنواع تتفاوت من حيث قوتها هي: التشريع الدستوري والتشريع العادي والتشريع الفرعي ويحل التشريع الدستوري المرتبة العليا. ويليه التشريع العادي من حيث القوة أما التشريع الفرعي فيحل المرتبة الثالثة.



ويستكمل بإيجاز في هذه الأنواع الثلاثة عديد من معانيها مبين طرق منها.

#### أولاً- التشريع الدستوري أو الدستور.

وهو التشريع الذي يضع الأساس الذي يقوم عليه نظام الدولة ويحدد طريقة ممارسة الحكم السلطة فيها. فهو يحدد شكل الحكم في الدولة ويعين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وينظم علاقات بعضها ببعض وعلاقاتها بالأفراد ويقرها للأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة.

وقد عرف التشريع الدستوري في العراق باسم القانون الأساسي في العهد الملكي وهو القانون الأساسي الصادر في (٢١) آذار سنة ١٩٢٥ وعرف باسم الدستور في العهد الجمهوري وقد صدرت في العهد الجمهوري ستة دساتير هي الآتية.

أولها: دستور ٢٧ تموز ١٩٥٨ المؤقت. ثانياً: قانون المجلس الوطني لقيادة الثورة رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٣، أو دستور ٤ نيسان لسنة ١٩٦٣. ثالثاً: قانون المجلس الوطني لقيادة الثورة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٤ أو دستور ٢٢ نيسان ١٩٦٤ رابعاً: دستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤ المؤقت الذي عدلت أحكامه بموجب القانون رقم ١٣٧ الصادر في ١٨ أيلول ١٩٦٥. خامساً: دستور ٢١ أيلول سنة ١٩٦٨ المؤقت، الذي عدلت أحكامه بقوانين لاحقة أبرزها التعديل الرابع للدستور الوزراء فأصبح رئيس الجمهورية رئيس الحكومة. وأعقبه القانون رقم ٢٢٤ سنة ١٩٦٩ وهو قانون تعديل قانون السلطة التنفيذية رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٤ الذي ألغى ديوان مجلس الوزراء. سادساً: دستور ١٩ تموز سنة ١٩٧٠ المؤقت الذي وعد بإصدار دستور دائم. وهو الدستور القائم.

#### سبب التشريع الدستوري أو الدستور:

تختلف طريقة من الدستور أو السلطة التي تتولى وضعه باختلاف الأوضاع السياسية في المجتمع ويصدر الدستور عادة بواسطة من أربع طرق فقد يصدر في صورة متعة من الحكم في الدولة إلى الشعب أو في صورة عقد بين الشعب وبين صاحب السلطة. وقد تسته جمعية تأسيسية متخبة من الشعب. وقد يسته الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء وإذا أمعن النظر في هذه الطرق. وجدنا أن الطريقة الأولى والثانية لا تتفقان مع المبادئ الديمقراطية التي تتأسس على فكرة سيادة الشعب واعتباره مصدر السلطات. فالدستور يصدر عن طريقها في مجتمعات لم تستقر فيها القيم الديمقراطية وإن كان صدوره يجيء في الغالب بتأثير من الضغط

الشعبي. أما الطريقتان الأخريان فأما تنسجيان مع مبدأ سيادة الشعب وإن كانتا تتفاوتان من حيث مدى إسهام الشعب في سن دستورهما. فسته عن طريق جمعية تأسيسية ينتخب الشعب أعضائها في سن أعضائها يكون أصدق تعبيراً عن الإرادة العامة وأوسع مجالاً لمحسوس أحكامه من قبل من وضع الشعب فيهم ثقتهم عن طريق الانتخاب. أما سته عن طريق الاستفتاء فهو وإن قام على فكرة أن الشعب مصدر السلطات إلا أن الدستور يوضع من قبل السلطة القائمة ليُطرح بعدئذ على استفتاء شعبي وقد لا يترك مجالاً لمحسوس أحكامه وتفهم تفصيلاته وإبداء الرأي في نواقضه. إذ ليس أمام الشعب إلا أن يختار بين الموافقة عليه برمته أو رفضه بأجمعه وفي ذلك إخراج للرأي العام وتضييق على حرية التعبير. لأن الشعب غالباً ما يفضل على علاته على الإبقاء على الوضع القائم قبل صدوره، ولعل أفضل طريقة لسن الدستور وأكثرها انسجاماً مع المبدأ الديمقراطي في جوهره لا في مظهره فحسب هي التي تجمع بين الطريقتين الثالثة والرابعة معاً.

وجدير بالذكر أن القانون الأساس العراقي سن في العهد الملكي من قبل لجنة دستورية أعفها مجلس تأسيس. أما الدساتير التي سنت في العهد الجمهوري فقد صدرت في صورة إعلان من القوة السياسية والفكرية التي تملك زمام الأمور وجاءت دساتير مؤقتة، لأن الغرض منها تنظيم ممارسة السلطة السياسية خلال فترة معينة وإبراز معالم التغيير الاجتماعي المنشود حتى تسمح الظروف بوضع الأسس الدائمة لنظام الحكم والقواعد الثابتة للتنظيم الاجتماعي والسياسي. ونرجوا أن يصدر الدستور العراقي الدائم المنتظر على نحو يجمع بين طريقتي المجلس التأسيسي والاستفتاء الشعبي معاً.

#### تعديل الدستور:

وترتبط سن الدستور مسألة تعديله. ذلك لأن فكرة علوية الدستور باعتبارها القاعدة العليا في الدولة، تقتضي وجوب العمل على حمايته عن طريق إجراءات وشروط ينبغي استيفاؤها في تعديله أو تغييره تكون أكثر تعقيداً وأشد ثقلًا من الطرق المتبعة في المساس بالشريع العادي تعديلاً أو تعبيراً. ومع ذلك فإن مدى سلطات فكرة علوية الدستور وما يتبع عنها من حرص على حمايته ممن يريد المساس به أمر يتفاوت الدولة وعيها وظروفها، سياسية ونظرة للشرع، ومدى الرغبة في حماية الدستور من المساس به. وعلى العموم فإن الدساتير من حيث إجراءات المساس بها تكون على نوعين: مرنة وجامدة

أما الدستور المرن فهو الدستور الذي يجري تعديله أو إلغؤه بنفس الطريقة التي يتم بها تعديل أو تغيير صدور التشريع العادي وذلك بإصدار من السلطة التشريعية العادي وذلك بإصدار من السلطة التشريعية، أما الدستور الجامد فهو الدستور الذي لا يمكن تعديل أحكامه أو إلغائها إلا بشروط خاصة وإجراءات معينة أثقل وأعقد من الإجراءات المتبعة في تعديل وإلغاء القوانين الاعتيادية. فلا يكفي لتعديل أحكامه صدور تشريع عادي ينبغي أن تستوفي الشروط والإجراءات التي نص عليها الدستور والتي تجعل من تعديله أمراً غير هين. ومن الأمثلة على الدساتير الجامدة القانون الأساسي العراقي والدستور المصري لسنة ١٩٦٤. ومن الأمثلة على الدساتير المرنة الدستور الإنكليزي والدساتير المؤقتة العراقية الصادرة في العهد الجمهوري.

### ثانياً- التشريع العادي أو القانون أو التشريع الرئيسي:

يقصد به التشريع الذي تملكه السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور.

وإذا كان الأصل أن السلطة التشريعية هي التي تتولى منه، إلا أن من الجائز أن تحمل السلطة التنفيذية عمل السلطة التشريعية في منه على سبيل الاستثناء وذلك ما يقع في حالتين: أولاً: حالة الضرورة كما لو وقعت في فترة حل مجلس الأمة وفيها بين أدوار انعقاده. أحداث تقتضي الإصرار في اتخاذ التدابير أو الحلول لمواجهة عن طريق قرارات لها قوة القانون. ويسمى هذا التشريع بتشريع الضرورة. وقد نصت عليه بعض الدساتير الأجنبية كما نص عليه كل من القانون الأساسي العراقي ودستور ٢٩ نيسان سنة ١٩٦٤ العراقي المؤقت. ثانياً: حالة التضييق أو التخويل، حيث تقوم السلطة التشريعية السلطة التنفيذية حتى إصدار قرارات لها قوة القانون فيحدود المسائل المعينة والفترة المحددة في التخويل يدافع من الرغبة في إحاطة التشريع بالسرية قبل إصداره ويسمى هذا النوع من التشريع الاستثنائي تشريع التضييق أو التخويل، ولم تخصص الدساتير العراقية المتعددة على هذا النوع من التشريع وإن أشارت إليه دساتير أجنبية.

ويبدو التشريع العادي في العراق الآن في صورتين هما القوانين والقرارات التي لها قوة القانون الذي يصدره مجلس قيادة الثورة. ولا وجود لأي من تشريع الضرورة أو تشريع التضييق في ظل الدستور العراقي القائم.

### سبب التشريع العادي:

تتولى السلطة التشريعية في الدولة من التشريع العادي في حدود اختصاصها الذي وضعه

الدستور، ومصطلح السلطة التشريعية يعني الهيئة التي تمارس وظيفة سن القواعد القانونية. والهيئة المختصة بالتشريع تختلف في شكلها وطبيعتها باختلاف الدول، ولكنها تبدو في البلاد الديمقراطية هيئة ينتخب الشعب أعضاؤها تطلق عليها تسميات شتى كالمجلس النيابي والجمعية الوطنية والمجلس الوطني ومجلس الأمة ومجلس الشعب، وقد تبدو هذه الهيئة في صورة مجلس منتخب واحد، وقد تتظم مجلسين فإذا اقتضت على مجلس واحد ضم هذا المجلس من ينتخبه الشعب لتمثيله فيه، وإذا ضمت مجلسين انتخب الشعب أعضاء أحد المجلسين الذي قد يطلق عليه اسم المجلس النيابي أو مجلس العموم أو أية تسمية أخرى أما المجلس الآخر فقد ينتخب الشعب كل أعضائه وقد ينتخب بعضهم لينتول رئيس الدولة تعيين البعض الآخر وقد يستأثر رئيس الدولة باختيارهم جميعاً. وتطلق على المجلس الثاني تسميات متعددة منها مجلس الشيوخ أو مجلس الأعيان ويسمى في إنكلترا مجلس اللوردات ونظام المجلسين نظام اقتضته اعتبارات متعددة منها الاختيارات الاجتماعية الطبقية ومنها اعتبارات تتعلق بالتنظيم السياسي للدولة ومنها الرغبة في تقوية السلطة التنفيذية. عن طريق مجلس تنولي تعيين جميع أعضائه أو بعضهم لتتخذ منه وسيلة لمقاومة المجلس الآخر الذي يضم ممثلين عن الشعب أعضائها كلاً أو جزأً بل قد يضاف إليها رئيس الدولة ملكاً كان أو رئيس جمهورية أو أميراً.

ويسمى التشريع العادي في ظل النظام البرلماني من حيث سته بثلاث مراحل هي: مرحلة اقتراح التشريع ومرحلة التصويت عليه ومرحلة التصديق. ولما كان التشريع العادي العراقي شأنه شأن غيره من التشريعات يجتاز هذه المراحل الثلاث ولا يختلف عن غيره إلا في بعض جزئياتها وتفصيلاتها. لذلك سنقتصر بحثنا على سن التشريع العراقي.

#### سن التشريع العادي العراقي:

إن من القانون العراقي في ظل الدستور المؤقت القائم وبعد صدور قانون رقم ٥٥٥ لسنة ١٩٨٠ الذي جعل من المجلس الوطني شريكاً لمجلس قيادة الثورة في سن القوانين وأضحى به المجلس جزءاً من السلطة التشريعية، يقتضي استيفاء مايلي من الإجراءات والمراحل:-

(١) اقتراح مشروع القانون: يملك حق التقدم إلى المجلس الوطني باقتراح مشروع القانون كل من مجلس قيادة الثورة (م ٥١ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٧٠) ورئيس الجمهورية (م ٥٢) وأعضاء المجلس الوطني، غير أن حق أعضاء المجلس الوطني بالتقدم باقتراح مشروع القانون مقيد بتيدين أولها: أن يكون اقتراح مشروع القانون مقدماً من ربع أعضاء المجلس



وثانيهما: أن لا يتعلق مشروع القانون بالأمور العسكرية أو الأمور المالية أو شؤون الأمن العام م ١٥٣.

٢) مناقشة المشروع والتصويت عليه: ينتظر المجلس الوطني في مشروع القانون الذي يقدمه إليه مجلس قيادة الثورة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وصوله إلى رئاسة المجلس فإن وافق المجلس عليه رفع إلى رئيس الجمهورية لإصداره. أما إذا رفضه أو عدل فيه أعيد المشروع إلى مجلس قيادة الثورة فإن قبل مجلس قيادة الثورة التعديل رفع المشروع إلى رئيس الجمهورية لإصداره. وإن أصر على رأيه السابق أعيد المشروع إلى المجلس الوطني لينظر في جلسة مشتركة بين المجلسين للبت فيه بأكثرية الثلثين.

وينظر المجلس الوطني في مشروع القانون الذي يقدمه رئيس الجمهورية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وصوله إلى مكتب رئاسته. فإن رفضه أعيد إلى رئيس الجمهورية مع بيان أسباب الرفض. أما إذا قبله المجلس الوطني أو عدل فيه رفع المشروع إلى مجلس قيادة الثورة ويكون قابلاً للإصدار إذا وافق عليه هذا المجلس أما إذا رفض مجلس قيادة الثورة التعديل أو أجرى عليه تعديلاً آخر أعيد المشروع إلى المجلس الوطني خلال أسبوع. فإن وافق المجلس الوطني على ماراه مجلس قيادة الثورة رفع المشروع إلى رئيس الجمهورية لإصداره. وإن أصر على رأيه السابق عقدت جلسة مشتركة للمجلس للبت فيه بأكثرية الثلثين م ١٥٢.

وينظر المجلس الوطني في مشروع القانون الذي يقترحه ربع أعضائه في غير الأمور العسكرية والمالية وشؤون الأمن العام. فإذا وافق عليه رفع إلى مجلس قيادة الثورة للنظر فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وصوله إلى مكتب هذه المجلس فإن وافق عليه مجلس قيادة الثورة رفع إلى رئيس الجمهورية لإصداره. أما إذا عدل فيه المجلس ورفضه أعيد إلى المجلس الوطني فإذا أصر المجلس الوطني على رأيه السابق عقدت جلسة مشتركة للمجلسين لاستصدار القرار القطعي بأكثرية الثلثين.

وتعقد الجلسات المشتركة للمجلسين برئاسة رئيس مجلس قيادة الثورة أو نائبه م ١٥٣ وبحق لنواب رئيس الجمهورية والوزراء ومن كان بدرجةهم حضور جلسات المجلس الوطني والمشاركة في مناقضه دون الحق في التصويت كما يمنح للمجلس الوطني بعد موافقة رئيس الجمهورية استدعاء الوزراء بقصد الاستيضاح والاستفسار م ١٥٤.

وجدير بالذكر أن اقتراح مشروع القانون إذا كان مقدماً من قبل أعضاء المجلس الوطني تولت اللجان المختصة في المجلس إعدادة ثم يطرح بعدئذ على المناقشة

والتصويت، ويجري عرضه على مراحل، فيقرأ ليناقلش في المرة الأولى، ثم يؤخذ الرأي عليه مادة مادة وفي المرة الثانية ثم يصوت عليه ككل في المرة الثالثة، ويجري التصويت بحضور أغلبية أعضاء المجلس وتصدر القرارات بموافقة أغلبية الحاضرين ما لم يشترط الدستور أغلبية خاصة لإقراره مشروعات بعض القوانين وهنا تساوت الآراء اعتبر المشروع موضوعاً وإذا رفض المشروع امتنع عرضه ثانية على المجلس في نفس دورة انعقادها إذا قدم الاقتراح من قبل مجلس قيادة الثورة فإن اللجان القانونية المختصة في مجلس قيادة الثورة هي التي تتولى إعداد مشروع القانون ثم يرسل بمعدل إلى المجلس الوطني لمناقشته والتصويت عليه. ويتولى مجلس قيادة الثورة اقتراح مشروعات القوانين وإعدادها والتصويت عليها في الأمور التي لا تدخل في اختصاصات المجلس الوطني.

٣) التصديق عليه من قبل رئيس الجمهورية: فقد خولت المادة الرابعة والأربعون رئيس مجلس قيادة الثورة حق توقيع جميع القوانين والقرارات الصادرة من المجلس ورئيس الجمهورية هو رئيس مجلس قيادة الثورة حكماً (م ٣٣/١) ويلاحظ أن الدستور المؤقت الحالي سلب من رئيس الجمهورية حق الاعتراض على مشروعات القوانين عند رفعها إليه للتصديق عليها. وهو حق نص عليه دستور سنة ١٩٦٨ المؤقت والحجة في سلب هذا الحق هو أن رئيس الجمهورية هو رئيس مجلس قيادة الثورة وأنه يسهم وإياه في وضع القوانين، ولا يحمل اعتراضه على ما يصدر من المجلس وعلى ما يوافق عليه المجلس مما يقدمه المجلس الوطني إليه من مشروعات القوانين. وينبغي أن يلاحظ أن المراد بالتصديق هو مرافقة رئيس الدولة عليه باعتباره شريكاً للسلطة التشريعية في التشريع. وقد اختلفت الدساتير الأجنبية حيال التصديق من قبل رئيس الدولة فمنها ما يحرمه عليه كي لا تعطل سلطة الأمة ممثلة في المجلس المنتخب في سن التشريع ومنها ما تبيحه لرئيس الدولة تملياً منها بمشاركته في تشريع القوانين ومنها ما تجيزه لرئيس الدولة تنقيده بشروط. وتقف أغلبية الدساتير الحديثة الموقف الأخير فتحدد فترة للتصديق عليه، أو للاعتراض على مرسومه من تاريخ إبلاغ المجلس إياه به، فإن مضت الفترة دون تصديق أو اعتراض من قبل رئيس الدولة اعتبر المشروع مصدقاً عليه ووجب إصداره.

#### التشريع الضريبي:-

وهو أدنى أنواع التشريع معرفة ويقصد به التشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية بما لها من اختصاص أصيل تخول لها في الدستور ابتغاء تنفيذ التشريع المعادي أو تنظيم المرافق والخدمات العامة والسلطة التنفيذية في إصدارها هذا

التشريع لا تعمل على السلطة التشريعية حلولاً مؤقتة وإنما تبدو صاحبة اختصاص أصيل نص عليه الدستور رغبة في تخفيف أعباء السلطة التشريعية وحرصاً على تخليص القوانين من التفاصيل الجزئية وتسليماً بقدرة السلطة التنفيذية على التعرف على التفاصيل الخاصة بتنفيذ القوانين واختيار التنظيم الملائم للمصالح والمرافق العامة. ذلك لأن التشريع العادي لا يتناول بالتنظيم جميع التفاصيل الدقيقة فيما يتناوله بالحكم من مسائل لتعذر إلمام السلطة التشريعية بها ولأنها تظهر في الغلب عند تطبيق القانون، ولذلك يترك أمر تنظيمها للسلطة التنفيذية بما ينيطه بها من اختصاص أصيل. وفي إناطة مهمة تشريعية بالسلطة التنفيذية حيولة دون تعطيل العمل التنفيذي والإداري من جهة وتجنب لإشغال السلطة التشريعية بوضع كثير من التشريعات الثانوية من جهة أخرى. ولا يترتب على إناطة مهمة التشريع في هذه المسائل بالسلطة التنفيذية إضرار بالمصلحة العامة أو هدر لحقوق الأفراد لأن على السلطة التنفيذية أن تقيّد فيما نسّه بأحكام التشريع العادي الذي تولت السلطة التشريعية وضعه ولأن السلطة التنفيذية ألصق صلة بالجمهور بحكم وظيفتها وأكثر استيعاباً لظروف تطبيق القوانين وقدرة على اختيار التنظيم الملائم لسير العمل في المصالح والمرافق التي تتولى إدارتها بإدائها.

ومن قبيل التشريع الفرعي ما يسمى في مصر باللائحة سواء كانت تنفيذية أو تنظيمية أو لائحة ضبط. ويقصد باللائحة التنفيذية الأنظمة التي توضع لتنفيذ القوانين ويكون الغرض منها تسهيل تطبيق القانون باحتوائها القواعد التفصيلية التي توضح ما في نص القانون من إجمال وتبين ما يقتضيه تنفيذه من إجراء أما اللوائح التنظيمية فيقصد بها الأنظمة التي توضع لتنظيم المصالح العامة بما يتضمن حسن سيرها وإشباعها للحاجات العامة. وأما لوائح الضبط فهي التي تصدر لحماية الأمن العام وصيانة الصحة العامة كأنظمة المرور وأنظمة المحلات التي تفلق الراحة العامة أو المضرة بالصحة العامة.

#### التشريع الفرعي في العراق وسنّه:

يضم التشريع الفرعي في العراق أنواعاً ثلاثة هي الأنظمة والتعليمات والأنظمة الداخلية. ويتصد بالتظام التشريع الذي تضعه السلطة التنفيذية لتيسير تنفيذ القانون الصادر من السلطة التشريعية. ويشتمل على القواعد التفصيلية التي توضح ما في القانون من اقتضاب وما يقتضيه التطبيق من إجراء والحكمة في تحويل السلطة التنفيذية حق وضعه مزدوجة هي

تخفيف الأعباء عن كامل السلطة التشريعية كي لا تشغل نفسها بتشريعات ثانوية وإلقاء مهمة تنظيم تنفيذ القانون في دقاته على عاتق سلطة أكثر انحصاراً بالجمهور من السلطة التشريعية وأدري منها بظروف تطبيق القانون هي السلطة التنفيذية. وقد أشارت إلى الأنظمة بعض الدساتير العراقية وحددت الجهة المختصة بسنها كالقانون الأساسي العراقي ودستور سنة ١٩٥٨ ودستور ٤ نيسان ١٩٦٣ ودستور ٢٢ نيسان سنة ١٩٦٤ ودستور ٢٩ نيسان ١٩٦٤ وإذا كان الدستور المؤقت القائم لم يذكرها بالاسم فإن وجودها والحاجة إلى إصدارها وقيام السلطة التنفيذية بذلك أمر مفروغ منه.

أما التعليمات فتشريع فرعي يقصد به تيسير تطبيق قانون نافذ أو نظام صادر. وقد أشارت إليها بعض الدساتير العراقية غير أن حق السلطة التنفيذية في إصدارها أمر ثابت دون حاجة إلى نص دستوري صريح ما دام القانون أو النظام يخولها هذا الحق. وتوضع التعليمات من قبل جهة رسمية وزارة أو جهة أخرى بخولها القانون أو النظام بالنص الصريح إصدار التعليمات اللازمة لتفصيل المجهل من أحكامه ولبيان الضروري من الإجراءات في تطبيقه. وعليه فإن التعليمات تكون أضعف قوة من النظام لأنها كما تصدر تنظيمياً لتنفيذ القانون قد تصدر تسهيلات لتطبيق النظام.

وأما النظام الداخلي فمراد به الشريع الذي يصدر استناداً إلى نص يتضمنه قانون صادر لينشئ أو يحكم مؤسسة ما بخول مجلس إدارة المؤسسة رسمية كانت أو شبه رسمية. حق إصداره لتنظيم كيائها وتيسير أعمالها، فيتولى النظام الداخلي تحديد أغراض المؤسسة وبيان تشكيلاتها وتنظيم ميزانيتها وملاكها وخلاصتها يصدر عنها ممثلة في مجلس إدارتها ويتضمنه قرار يصدر من مجلس قيادة الثورة موقعاً من قبل رئيس الجمهورية بمقتضى ما لهذا المجلس من حق وفقاً للدستور القائم المؤقت الحالي في إصدار القرارات في ما تستلزمه ضرورات تطبيق القوانين النافذة. ولما كان النظام الداخلي يوضع استناداً إلى نص ورد في قانون يحكم مؤسسة ما فينبغي أن لا يخرج في أحكامه عن حدود الغرض من إصداره وأن لا يخالف ما جاء في القانون من أحكام. ويبدو هذا النوع من التشريع الفرعي كثير الشبه باللائحة التنظيمية التي أشارت إليها بعض الدساتير الأجنبية ومنها الدستور المصري.



## الفرع الثاني

### نفاذ التشريع والرقابة على صحته

#### نفاذ التشريع:

يكتمل الوجود القانون للتشريع بنهاج المراحل الثلاثة التي يقتضيها سنه. وهي اقتراح التشريع والموافقة أو التصويت عليه والتصديق. مع ملاحظة أن تصديق رئيس الدولة قد لا يعتبر من مراحل سن التشريع إذا كان يمكن أن يتم سن التشريع بدونه. على النحو الذي أشارت إليه بعض الدساتير غير أن الوجود القانوني للتشريع لا يكفي لنفاذه أي خروجه إلى حيز التطبيق وإلزام الكافة باتباعه وإنما ينبغي لنفاذه وجوب العمل بتتبعه أن يجتاز مرحلتين أخريين. هما إصداره ونشره. وإذا اجتاز التشريع هاتين المرحلتين افتراض علم الكافة به ووجوب عليهم الخضوع لأحكامه. وتثور عندئذ مشكلة انقضت بحثاً وتفصيلاً هي مدى قبول الاحتجاج بجهله. وهو بحث تبعته عنه قاعدة قانونية مستقرة هي قاعدة «الجهل بالقانون ليس بذر» والإمام بنفاذ القانون والالتزام بتطبيقه يقتضي أن نتكلم في كل من إصدار التشريع ونشره والاعتذار بجهله في الفقرات الثلاث الآتية:-

#### أولاً:- إصدار التشريع:

يقصد بإصدار التشريع تسجيل وجوده القانوني والأمر بتنفيذه ممن يملك سلطة الأمر بالتنفيذ وهي السلطة التنفيذية وعلى رأسها رئيس الدولة أو الهيئة العليا فيها. ويعتبر الإصدار شهادة ميلاد للتشريع تصدر من السلطة التنفيذية. يثبت بها مولده مكتمل الحلقة أي استكمال إجراءات صنعه وفقاً لأحكام الدستور ويتضمن أمراً من السلطة التنفيذية توجهه إلى رجالها بالقيام بتنفيذه كلاً فيما يخصه باعتبارها تشريعاً واجب الاتباع. وهذا الأمر بالتنفيذ هو الذي يكسب التشريع قوة النفاذ. ولا بد من صدوره من السلطة التنفيذية لأن المكلفين بالتنفيذ هم عمالها. ولا تملك سلطة أخرى فرض التكليف عليهم.

ولما كان الإصدار يعني تسجيل سن التشريع والأمر بتنفيذه فإن ذلك لا يشير إشكالاً إذا كانت السلطة المختصة بسن التشريع هي السلطة التنفيذية؛ لأن السلطة التي تسنه هي التي تصدره فنضجه موضع التنفيذ وتجد ذلك في أنواع متعددة للتشريع سبق أن نوهنا عنها، كالتشريع الدستوري إذا صدر منحه من الحاكم أو في ضورة تعاقب بينه وبين الشعب وكان التشريع العادي إذا بدأ في ضورة تشريع استثنائي وكان التشريع الفرعي. أمّا إذا كان التشريع

من وضع هيئة أو سلطة هي غير السلطة التنفيذية كالشريع الدستوري الذي تسنه جمعية تأسيسية أو يسنه الشعب عن طريق الاستفتاء وكالتشريع الذي تسنه السلطة التشريعية المختصة فإن وضعه موضع التنفيذ يحتم إصداره من قبل السلطة التنفيذية.

ويعني الإصدار عندئذ، تسجيل موافقة الجمعية التأسيسية أو موافقة أغلبية الشعب على التشريع الدستوري أو موافقة السلطة التشريعية على التشريع العادي. والأمر بتنفيذ ما تسنه عن طريق تكليف رجال السلطة التنفيذية بوضعه موضع التنفيذ. ويشير الإصدار عندئذ مشكلة تراخي السلطة التنفيذية في القيام به مما يعطل تنفيذ التشريع. وأغلب الدساتير لاتنص على مدة معينة ينبغي إصدار التشريع خلالها عقب تسنه. لأن الأصل أن الإصدار يجب حصوله فور تمام سن التشريع دون إبطاء ومع ذلك فإن من المستحسن تحديد ميعاد للإصدار ينص عليه الدستور دون أن يترك الأمر إلى هذا الأصل للتغلب على عناد السلطة التنفيذية وتراخيها في الإصدار لاسيما إذا كان التشريع تشريعا عاديا تسنه السلطة التشريعية. ويلاحظ أن الدستور إذا كان يحول رئيس الدولة حق الاعتراض على التشريع العادي خلال فترة معينة. فإن لرئيس الدولة الحق في إصداره قبل انقضاء هذه الفترة ويعتبر ذلك تنازلاً منه عن حقه في الاعتراض.

يتضح مما تقدم أن الإصدار عملية قانونية وهو فائحة مرحلة نفاذ القانون ويعتبر عملاً تنفيذياً لا عملاً تشريعياً لأنه يعقب مرحلة صنع التشريع وتستهل به مرحلة وضعه موضع التنفيذ. وفي ظل الدستور العراقي المؤقت القائم يصدر التشريع أيًا كان نوعه من قبل مجلس قيادة الثورة الذي يجمع بين السلطتين التنفيذية والتشريعية وإذا كان المجلس الوطني يسهم في عملية التشريع في الوقت الحاضر فإن تمام سن التشريع وعن بموافقة مجلس قيادة الثورة وتصديق رئيس الجمهورية الذي هو رئيس المجلس بحكم الدستور ولذلك فإنها يشور في بعض الدول التي تفصل بين السلطتين في إصدار التنفيذية والتشريعية من أشكال ينصب على تراخي السلطة التنفيذية في إصدار التشريع الرئيسي الذي تسنه السلطة التشريعية وما يقتضيه ذلك من تحديد مدة تنص عليها بعض الدساتير ينبغي على السلطة التنفيذية أن تصدره خلالها لا وجود له في العراق الآن. ويلاحظ أنه ينبغي الإشارة إلى كل قانون صادر في الدولة برقم مسلسل خلال السنة التي صدر فيها. فيكتب مثلاً القانون رقم (٥٥ لسنة ١٩٨٠). ويستهل القانون بعبارة الإصدار الآتية:

باسم الشعب.

### مجلس قيادة الثورة

استنادًا إلى أحكام الفقرة ١٠ من المادة الثانية والأربعين من الدستور المؤقت، قرر مجلس قيادة الثورة في جلسته المتعقدة بتاريخ ١٥ / ٣ / ١٩٨٠، إصدار القانون الآتي:-  
ويجزم التشريع بعبارة الإصدار التالية:-

عل الوزراء أو الوزير حسب نطاق تطبيق القاعدة التشريعية تنفيذ هذا القانون أو النظام.

### ثانيًا:- نشر التشريع:

إذا كان الإصدار يسجل من التشريع ويتطوي على الأمر بتنفيذه فإن التشريع لا يكون ملزمًا للمخاطبين إلا من وقت حمله إلى عملهم أو إتاحة الفرصة لهم للعلم به وذلك ما يتحقق عن طريق نشره فالنشر يعني إبلاغ مضمون التشريع إلى الكافة وإحاطتهم علمًا أو تيسير سبل علمهم بما يتطوي عليه من تكليف، ذلك لأن التكليف لا يكون إلا بأمر معلوم والتشريع لا يكون معلومًا إلا بإشهاره ولأن العدل يقتضي عدم تطبيق التشريع على المخاطبين به قبل علمهم بصدوره، ولما كانت المصلحة العامة تقتضي الإسراع بتطبيق التشريع تحقيقًا للغرض من إصداره ولما كان علم جميع الناس بصدور التشريع علمًا حقيقيًا أمرًا معتدًا لذلك جرت الشائع على افتراض العلم بصدوره بمجرد شهره بواسطة جدها، دون التعويل على العلم الحقيقي تسيرًا لتطبيقه، وهذه الوسيلة المعتمدة هي نشر نصوصه في الجريدة الرسمية للدولة، وعليه فإن النشر في الجريدة الرسمية يكفي لافتراض علم المخاطبين بصدور التشريع ومضمونه أبا كان نوع التشريع دستوريًا أو ماديًا أو فرعيًا ولا تغني عن هذه الوسيلة أية وسيلة أخرى وإن بدت أكثر جدوى في إذاعته وإشهاره فلا تحل محل النشر في الجريدة الرسمية إذاعته في المذياع أو تلاوته في التلفزيون أو نشره في الصحف أو تعليق نسخ منه في أماكن بارزة بل ولا يغني عن النشر بهذه الوسيلة علم المخاطبين بأحكامه علمًا بفتح كأعضاء السلطين التشريعية والتنفيذية فلا يكون التشريع ملزمًا لهم ولا يحتاج به عليهم وإن أحاطوا علمًا بصدوره وبمضمونه قبل نشره في الجريدة الرسمية للدولة، وهي ما تسمى في العراق بالوقائع العراقية وتسمى في مصر بالوقائع المصرية، وتحدد بعض الدساتير نيعًا للنشر في تاريخ إصدار التشريع لتحول دون تأخير تنفيذ القوانين بتأخير نشرها كالدستور المصري لسنة ١٩٦٤ الذي تطلب نشر التشريع أيًا كان نوعه خلال أسبوعين من يوم إصداره وتنص بعض الدساتير على مضي مدة معينة تعقب نشر التشريع العادي ليده نفاذه ضيقًا لشيوخ أحكامه وإلزام الناس بها، فلا يعتبر التشريع نافذًا فور

نشره وإثباته بعد مضي تلك المدة وإن جاز التعبير في تلك المدة زيادة أو نقصاناً ينص صريح في القانون الجديد تبعاً لمتطلبات الحاجة والظروف كالدستورين المصريين الصادرين سني ١٩٥٦ و ١٩٥٨ اللذين قضيا بوجوب العمل بالقوانين بعد عشرة أيام من تاريخ نشرهما ما لم يعد هذا الميعاد أو يقتصر بنص خاص في القانون الجديد. غير أن كثيراً منها كالدستور المصري للقائم والدستور المؤقت العراقي الراهن يقضيان بالعمل بالقانون الجديد من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ما لم ينص فيه على مضي مدة معينة من تاريخ النشر لبدء نفاذه إذا اقتضت الضرورة التراخي في تنفيذه. ولا يعتد بيوم النشر في تحديد ميعاد النفاذ. فإذا نص القانون على اعتباره نافذاً من تاريخ نشره. اعتبر اليوم التالي من نشره هو تاريخ نفاذه وإذا أوجب القانون مضي مدة تاريخ النشر لنفاذه فإن يوم النشر لا يحسب ضمن المدة وعلى ذلك جرى القضاء المصري وإذا كان يوم النشر لا يحسب ضمن المدة فإن نفاذ القانون لا يحل إلا بانقضاء اليوم الأخير منها.

ويبني أن يلاحظ أن افتراض علم الناس بصدور التشريع بمجرد نشره يقتضي إتاحة الفرصة لهم للعلم به. الفرصة لا تنح بمجرد إدراج التشريع في الجريدة الرسمية وإثباته ينبغي أن يتم توزيعها فعلاً ليكون في وسع الناس الحصول عليها. فإذا ثبت أن التشريع أدرج في الجريدة الرسمية ولكنها لم توزع إلا في وقت لاحق. فإن العمل بالقانون لا يكون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية إذا قضى الدستور بذلك وإثباته من تاريخ توزيعها.

وجدير بالملاحظة كذلك أن التشريع إذا نشر في الجريدة الرسمية وتضمن أخطاء. فإن مصير التشريع رهن بطبيعة هذه الأخطاء ومدى أهميتها. فإن كان الخطأ مادياً كالحطأ المطبعي وكالحطأ في الصياغة اللغوية الذي لا يتأثر المعنى بتصحيحه أمكن إعادة نشر النص مصححاً دونما حاجة إلى استصدار قانون جديد.

أما إذا كان الخطأ موضوعياً كاستفاد كلمة تؤثر في معنى النص أو فقرة من مادة أو مادة أو أكثر أو كان خطأ في الصياغة يؤثر في النص. فإن تصحيح هذا الخطأ لا يكون إلا بتشريع جديد يستوفي مراحل السن والنفاذ.

وإذا حل ميعاد نفاذ التشريع سري حكمه في حق جميع المخاطبين به وافترض علمهم بعضهم فلا يقبل من أحدهم الاعتذار بجهله على النحو الذي نقف عنده قليلاً في الفقرة الآتية:

#### **قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون:**

تعني هذه القاعدة افتراض علم الكافة بصدور التشريع وإحاطتهم علماً بأحكامه منذ نفاذه سواء كان وقت نشره أو من تاريخ آخر نص عليه التشريع. وعدم جواز الاعتذار بجهل



التشريع يتفرع عن مبدأ افتراض العلم بالقانون وامتناع الاعتذار بجهله منذ خروج القاعدة القانونية بعد تكوينها إلى حيز التطبيق عن طريق أي مصدر من المصادر الرسمية فيخضع لحكمها الكافة منلذ، ولا يصلح الجهل بها عذراً للإعفاء من حكمها وعليه فإن قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون لا تقتصر على التشريع وإنما تسحب على القواعد القانونية جميعاً أيما كان مصدرها الرسمي.

تقوم هذه القاعدة على أساس من القواعد العدل وما تقتضيه من مساواة الناس أمام القانون إقراراً للنظام ودرءاً للغش، فإذا نشر القانون منى حكمه في حق المخاطبين كافة، ولو أبيع الاحتجاج بجهله لتعذر تطبيقه على أكثر الناس وفي ذلك مساس بسيادة النظام وهدر لمبدأ المساواة وإخلال بالمصلحة العامة. هذا فضلاً عن أن القاعدة القانونية تتميز بقوتها الملزمة الذاتية التي تستلزمها من وجودها لا من عامل خارجي هو العلم بها. وفي الاعتذار بجهلها إنكار لقوتها الملزمة التي تبعث من ذاتها من وقت نفاذها.

ومع أن الدساتير لا تنص في الغالب على هذه القاعدة إلا أن الفقه يسلم بها وإن تفرق إلى شعب من حيث مدى تطبيقها فذهب الفقه الفرنسي إلى انطباقها على القوانين الجنائية والقوانين المتعلقة بالنظام العام فحسب أما غيرها من القوانين فيجوز الاحتجاج بجهلها وبعد الغلط فيها وهو ما يسمى الغلط في القانون عيباً من عيوب الرضا في التعاقد. وذهب أغلب الفقه المصري إلى هذا الرأي فقصر تطبيق القاعدة على القواعد الآمرة دون القواعد المنسرة والمكاملة، ثم ضيق من مجال انطباقها فحدده بالقوانين المتعلقة بالنظام العام، لاسيما ما يتعلق منها بالقوانين الجنائية، واعتد في تطبيقها بالجهل بالقانون الجنائي دون الجهل بالقانون المدني فيحق للمتعاقدين أن يمسك بالغلط في القانون لإبطال العقود وفقاً لحكم المادة (١٢٢) من القانون المدني المصري سواء كان الغلط في القانون بشأن صفة جوهرية في الشخص أو كان الغلط في القانون وفقاً في الباعث أو كان الغلط في القانون ينصب على مقدار الشيء.

والواقع أن الفقه الفرنسي وأغلب الفقه المصري يضيقان من فكرة النظام العام القاطية بامتناع الاعتذار بجهل القوانين حتى لا تكاد تعني غير القوانين الجنائية والقوانين التي تنظم السلطات العامة والقوانين التي تفرض التزامات أو تحدد مواعيد لممارسة بعض الحقوق أو مباشرة بعض الإجراءات. وحتى تبلغ من الضيق حدّاً يميز القول أن الاحتجاج بالجهل بالقانون لا يكون عذراً للتخلص من التزام أو عقوبة غير أنه يصلح للمسك بحق، بل وهي في هذا المجال الضيق جداً يرد عليها استثناء من حال القسرة القاهرة، فإذا انقطعت سبل

الواصلات التي يتم بها توزيع الجريدة الرسمية المتضمنة قانونًا من القوانين التي لا يجوز الاعتذار بجهلها بسبب قوة قاهرة جاز الاعتذار بجهلها حتى تزول القوة القاهرة.

ينضج مما تقدم أن القاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون يتحدد تطبيقها في نطاق ضيق جدًا. ويجوز الاحتجاج بجهل القانون فيما يتجاوز هذا النطاق. وإن كان الاحتجاج مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي في كل قضية وتتأثر قناعة القاضي بظروف الشخص من ثقافة وحالة صحية وموطن وغيرها من الاعتبارات التي تؤثر في قناعة القاضي بجهل الشخص بحكم القانون.

ومع أن الرأي المشار إليه هو الرأي الغالب في الفقه المعاصر إلا أن ثمة اتجاهًا فقهيًا آخر نادى برأي مخالف وعندي أنه اتجاه أصوب ورأي أفضل. ومقاده أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون يعتبر مبدأ مطلقًا ينطبق على جميع القواعد القانونية أيًا كان مصدرها الرسمي وأيًا كانت طبيعتها أمرة أو مفسرة أو مكاملة وأيًا كان نوع القانون الذي ينظمها جنائيًا أو مدنيًا أو غيرهما. وإذا كان هناك ثمة استثناء يميز الاحتجاج بجهل القانون فهو استثناء يقتصر على حالة القوة القاهرة التي يستحيل فيها العلم بصيغ القانون لاستحالة توزيع الجريدة الرسمية على نحو يبرر افتراض العلم بمضمون ما نشر فيها من قانون وهو استثناء يقتصر على القواعد التشريعية التي ينبغي تنفيذها نشرها في الجريدة الرسمية للدولة وهذا الرأي يتأسس على قواعد العدل وما يقتضيه من مساواة أمام القانون ويستقيم مع القول بالقوة الملزمة الذاتية للقاعدة القانونية ويغضي إلى سيادة النظام والدولة "نون في المجتمع". وينكر هذا الرأي وجود أي مبرر للفرقة بين القواعد إلا مرة وبين القواعد المفسرة والمكاملة. كما ينكر وجود أي مسوغ للتمييز بين القواعد الجنائية وبين غيرها من القواعد ويرى أن إبطال العقد الغلط في القانون لا يعد استثناء من هذا المبدأ.

#### ١- الرقابة على صحة التشريع:

اتفق لنا أن التشريع يتدرج من حيث القوة وأن التشريع الدستوري يحل المنزلة الأعلى يليه التشريع العادي ويعقبها التشريع الفرعي من حيث القوة وتفاوت التشريع من حيث قوته يقتضي خضوع التشريع الأدنى للتشريع الذي يعلوه درجة ويعني أن التشريع الأدنى بشدة قوته من مطابقته لأحكام التشريع الأعلى.

فإذا تعارض تشريعان من درجتين مختلفتين وجب تغليب التشريع الأعلى درجة.

فالتشريع العادي ينبغي أن لا يخالف أحكام التشريع الدستوري. والتشريع الفرعي يجب أن لا يتعارض مع كل من التشريع الدستوري والتشريع العادي.

وحيث أن عدم التعارض يقتضي فرض رقابة على كل من التشريع الفرعي والتشريع العادي وهذه الرقابة تثير أمرين، أولهما تحديد الجزء الذي ينبغي فرضه عند المخالفة وثانيهما تحديد الجهة التي ترفع هذا الجزء وتمارس تلك الرقابة، أما الجزء فقد يكون إلغاء أو عدم تطبيق القواعد القانونية التي تضمنها التشريع الأدنى المخالف. وأما الجهة التي تمارس الرقابة وتوقع الجزء فهي غير الجهة أو السلطة التي وضعت قواعد التشريع الأدنى. ذلك لأن مهمة الرقابة على التشريع لو أُنيطت بنفس السلطة التي وضعتها لانتفت القيمة العلمية للرقابة ولانعدم مجال فرض الجزء.

والأصل أن تكون الجهة التي تمارس الرقابة على صحة التشريع هيئة قضائية؛ لأن مهمة الرقابة تنطوي على تفسير قواعد قانونية تتضمنها تشريعات تتدرج في مرتبتها لمعرفة ما إذا كان هناك تعارض في الأحكام فيما بينها ولتقدير إلغاء أو تعطيل أحكام التشريع الأدنى عند التثبت من التعارض وهي مهمة قضائية لا يمكن أن تتولاها إلا جهة مختصة بتفسير القواعد القانونية وتطبيقها. ومع ذلك فقد عهدت بعض الدساتير بمهمة الرقابة إلى هيئات غير قضائية.

والرقابة على التشريع كما تتناول ضمان سلامته من حيث الشكل تتناول كفاية صحته من حيث الموضوع، وهي كما تنصب على التشريع عقب نفاذه قد تنصب عليه في مراحل تحضيره، وهي كما ترد على التشريع العادي لضمان دستوريته ترد على التشريع الفرعي لكفالة دستوريته وقانونيته معاً.

بفهم مما تقدم أن الرقابة على صحة التشريع تعني ضمان توافر الشكل الصحيح للتشريع وحيث أن عدم التعارض في الأحكام بين التشريعين الأعلى والأدنى وفرض الجزء في الحالتين من قبل السلطة المختصة بالرقابة وأن الأصل في هذه الرقابة أن تكون قضائية تمارسها المحاكم.

#### الرقابة على صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل:

يقصد بشكل التشريع صدوره من قبل سلطة مختصة واستيفاء إجراءات سنه ونفاذه. وهي في الغالب مراحل التشريع الثلاث: من اقتراح وتصويت وتصديق وما يقترن بها من إجراءات تتطلب الأغلبية المطلقة أو الخاصة عند التصويت إذا كان تشريعاً عادياً ووضعه من

قبل السلطة التنفيذية المختصة وفقاً للإجراءات المقررة إذا كان تشريعاً فرعياً. ولكي يكون نافذاً واجب التطبيق ينبغي إصداره من قبل رئيس الدولة على اختياره رئيس السلطة التنفيذية ونشره في الجريدة الرسمية للدولة وانقضاء المادة المنصوص عليها لنفاذه إن وجدت. فإن لم يستوف إجراءات سنه اتعلم وجوده القانوني وإن لم يستوف إجراءات نفاذه افتقد قوته الملزمة وزفج عن الناس واجب العمل بمقتضاه وعليه فإن التشريع الأدنى عاديًا كان أم فرعياً لا يكون صحيحاً ملزماً إلا إذا استوفى الشكل الذي حدده التشريع الأعلى.

ورقابة المحاكم على صحة التشريع من حيث الشكل أمر انعقد عليه الإجماع فإن لم يستوف التشريع شكله المطلوب وجب على المحكمة أن تمتنع عن تطبيقه لانعدام وجوده القانوني ولاقتضاه القوة التي تجعله واجب التطبيق. سواء تنبّهت المحكمة إلى ذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم. وحق المحكمة يقتصر على الامتناع عن التطبيق دون أن يتعداه إلى الإلغاء مراعاة لمبدأ الفصل بين السلطات. وهذا الاتجاه مستقر في العراق وقد أكدته محكمة تمييز العراق لقرارها الصادر في ٥ نيسان سنة ١٩٥٤ المتعلق بإصدار أنظمة لم تستوف الشكل الذي حدده الدستور والقانون.

#### الرقابة على صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع:

يقصد بصحة التشريع من حيث الموضوع عدم تعارض التشريع الأدنى في الأحكام مع التشريع الأعلى. فالتشريع الفرعي يجب أن لا يخالف في أحكامه كلاً من التشريع العادي والتشريع الدستوري. وتوصف الرقابة على صحة التشريع العادي من حيث الموضوع بالرقابة على دستوريته كما توصف الرقابة على صحة التشريع الفرعي من حيث الموضوع بالرقابة على دستوريته أو بالرقابة على قانونيته تبعاً لتعلق المخالفة بالدستور أو بالقانون. وللمراقبة على صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع صور شتى يختلف باختلاف الدساتير قد تكون رقابة عليه وهو في دور الإعداد قبل إصداره قانوناً وقد تكون رقابة مفروضة على صحته بعد إصداره ونشره. والرقابة على صحته بعد نفاذه قد تكون رقابة سياسية وقد تكون رقابة قضائية. والرقابة القضائية قد تناط هيئة مختصة أو بمحكمة خاصة وقد تناط بالقضاء العادي. وبالنظر لشعب الموضوع وما يقتضيه من بحث مسهب لا مجال له في هذا الكتاب المنهجي فستقتصر بحثنا على رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع في العراق وفي ظل دستورنا المؤقت القائم.



### الرقابة على دستورية القوانين في العراق في الوقت الحاضر:

تقتصر الرقابة في العراق على التشريع بعد نفاذه وتختلف الجهة المختصة بالرقابة على دستورية القوانين باختلاف ما مر بالعراق من أوضاع دستورية.

فقد أتاح القانون الأساسي العراقي وهو دستور ٢١ آذار سنة ١٩٢٥ مهنة البت في الأمور المتعلقة بتفسيره وموافقة القوانين الأخرى لأحكامه بمحكمة خاصة أطلق عليها اسم المحكمة العليا. وقضى بتأليف هذه المحكمة من ثمانية أعضاء عدا الرئيس بتخييرهم مجلس الأعيان وهو أحد المجلسين التشريعيين اللذين كان يتألف منها مجلس الأمة أربعة من بين أعضائه وأربعة من حكام محكمة التمييز أو غيرهم من كبار الحكام. وتعقد برئاسة رئيس مجلس الأعيان أو نائبه. كما عهد دستور ٢١ أيلول سنة ١٩٦٨ بهذه المهمة إلى محكمة خاصة. فنص في المادة السابعة والثمانين على ما يأتي (تشكل بقانون محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير أحكام لنص هذا الدستور والبت في دستورية القوانين وتفسير القوانين الإدارية والمالية والبت بمخالفة الأنظمة للقوانين الصادرة بمقتضاها ويكون قرارها ملزماً). وقد صدر تنفيذاً لنص الدستور قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (١٥٩) لسنة ١٩٦٨ الذي نشر في الوقائع العراقية في العدد المرقم (١٦٥٩) والمؤرخ في الثاني من كانون الأول لسنة ١٩٦٨ مشيراً إلى تشكيلها ومحددًا اختصاصها وطريقة ممارستها لمصلاحياتها ومقتضى هذا القانون تشكل المحكمة الدستورية العليا من رئيس وهو رئيس محكمة تمييز العراق ومن ثمانية أعضاء أصليين وأربعة أعضاء احتياط أما الأعضاء الأصليين فمنهم رئيس مجلس الرقابة المالية ورئيس ديوان التدوين القانوني وستة أعضاء يعينهم مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير العدل يصدر تعيينهم بمرسوم جمهوري على أن يكون ثلاثة منهم من أعضاء محكمة التمييز الدائمين والثلاثة الآخرون من كبار موظفي الدولة ممن لا تقل درجتهم عن درجة مدير عام. أما الأعضاء الاحتياط فمنهم حاكمان من حاكم محكمة التمييز واثنان من كبار موظفي الدولة ممن لا تقل درجتهم عن درجة مدير عام. ويتم تعيين الأعضاء الاحتياط بنفس طريقة تعيين الأعضاء السبعة الأصليين. أما الدساتير العراقية الأخرى ومنها دستورنا القائم الصادر في ١٩ تموز سنة ١٩٧٠ فقد أغفلت النص على تحديد الجهة المختصة بالنظر في دستورية القوانين.

وقد أثار سبوت دستورنا المؤقت القائم حيال مصير المحكمة الدستورية العليا انقسامًا في

الرأي. فذهب رأي إلى التزعم بوجود هذه المحكمة في ظل دستورنا الحالي لأنه لم يتص على إلغائها. وأما رأي آخر إلى القول بزوالها لأن الدستور القائم قد ألغى دستور عام ١٩٦٨ الذي كان السند الدستوري لوجودها دون أن يشير إلى بقائها. ونحن نميل إلى الرأي الثاني ونرى أن المحكمة الدستورية العليا قد زال وجودها القانوني بصدر دستور ١٩٧٠ عموز سنة ١٩٧٠ الذي أغفل الإشارة إليها وأن القضاء هو المرجع الوحيد للنظر في دستورية القوانين. وبناء على ما تقدم فإن للمحاكم الاعتيادية حق رقابة دستورية القوانين بطريق الدفع من قبل أحد أطراف الدعوى. ولها أن تمتنع عن تطبيق القانون على القضية المعروضة عليها متى تأكدت من عدم دستوريتها. وتدعم هذا الرأي بالحجج الآتية:

١) أن حق المحاكم في الرقابة لا يمس مبدأ الفصل بين السلطات وإنما يؤكد أنه يعنى عدم خضوع السلطة القضائية للسلطة التشريعية وهو في الوقت نفسه لا ينطوي على اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية لأن هذه الرقابة لا تقضي إلى إلغاء التشريع غير الدستوري وإنما تعيد الامتناع عن تطبيقه على قضية معروضة.

٢) أن الرقابة على دستورية القوانين أمر تفوضه طبيعة وظيفة القضاء فهو يقوم بتطبيق التشريع أي أيًا كانت مرتبته وإذا تعارض قانون مع أحكام الدستور فينبغي عليه أن يمتنع عن تطبيق التشريع الأدنى المخالف للتشريع الأعلى وذلك لتعارضهما.

٣) أن القول بامتناع المحاكم عن رقابة دستورية القانون بحجة وجوب احترام السلطة التشريعية لأنها تمثل الشعب أمر ينطوي على المفالاة؛ لأن مخالفة القانون الذي تصدره هذه السلطة للدستور يكون أخطر على المصلحة العامة من امتناع المحاكم عن تطبيق قانون يتحرف عن جادة الدستور.

٤) أن تحويل القضاء حق على شرعية التشريع الفرعي وسلب هذا الحق منها في الرقابة على دستورية القوانين أمر لا مبرر له؛ ذلك لأن تدرج التشريع إذا كان يفرض عدم مخالفة التشريع الفرعي للتشريع العادي فهو يقضي من باب أولى لعدم مخالفة القانون لأسمى صور التشريع وهو الدستور. فإذا كان من حق القضاء التعقيب على أعمال السلطة التنفيذية كي لا تجد في تشريعها عن جادة الدستور، فينبغي أن يسلم له بالحق في ضمان عدم انحراف السلطة التشريعية فيما تنه من قوانين عن أحكام الدستور الذي يضع أساس بناء الدولة وينظم طرق ممارسة السلطات فيها. لأن الرقابة في الحالتين نتيجة منطقية لتدرج التشريع. يفهم عما ذكر أننا

تسلم بحث المحاكم في الرقابة على دستورية القوانين ويسند صحة ما ذهبنا إليه أن هذا الاتجاه قد استقر في كثير من الدول المعاصرة التي نصت دستاير بعضها عليه وجرى العمل بمقتضاه في دول أخرى دون نص دستوري ونرجو أن يتلاقى دستورنا الدائم المنتظر هذا القصور الذي سبب اختلافنا في الرأي بنص صريح فيه مجدد الجهة المختصة بالنظر في دستورية القوانين. وإذا كنا نسلم بحق المحاكم في الرقابة على دستورية القوانين فإننا نسلم من باب أولى بحقها في الرقابة على قانونية ودستورية التشريع الفرعي. هذا فضلاً عن أن حق المحاكم في الرقابة على صحة التشريع الفرعي أمر لم يكن محل خلاف في الرأي.

### الفرع الثالث

#### نطاق تطبيق التشريع أو مدى سريانه

يشير تطبيق التشريع بعد نفاذه مشكلة هامة هي تحديد نطاق تطبيقه من حيث المكان ومن حيث الزمان فإذا صدر التشريع وأصبح نافذاًثار تساؤل عن الإقليم الذي يسري فيه تطبيقه وعن الزمان الذي يبدأ عنده سريانه. ولذلك ستوزع هذا الفرع على موضوعين، هما سريان القانون من حيث المكان وسريانه من حيث الزمان.

## الموضوع الأول

### سريان القانون من حيث المكان

يقصد بسريان القانون من حيث المكان تحديد الإقليم الذي يسود فيه تطبيقه وهذا الأمر لا يشير إشكالاً إذا نشأت العلاقة القانونية بين مواطنين وعلت من عنصر أجنبي، ذلك لأن قانون الدولة هو الذي يعم إقليمها ولا يترتب ذلك إشكالاً غير أن الأمر يتعقد إذا وجد في العلاقة عنصر أجنبي كأن أبرم العقد بين مواطن وأجنبي أو ارتكب أجنبي جريمة في إقليم الدولة فهل تخضع العلاقة الأولى أو تخضع الجاني لقانون الدولة التي تمت العلاقة في إقليمها أو ارتكبت الجريمة على أرضها أم يجوز إخضاع العلاقة أو خضوع الجريمة لقانون أجنبي. يتنازع هذا الموضوع مبدأً مبدأ إقليمية، ومبدأ شخصية القانون وسبب وجودهما معاً في التطبيق فظهرت قواعد القانون الدولي الخاص لتعمل المشاكل التي تنتج عن العلاقات القانونية التي يبدو فيها عنصر أجنبي سواء كان العنصر طرفاً في العلاقة أو كان عليها أو كان محل نشوئها أو كان محل تنفيذها وستتكلم في هذين المبدأين بإيجاز فيما يأتي:

#### مبدأ الإقليمية القوانين:

يتأسس هذا المبدأ على سيادة الدولة على إقليمها وسلطانها على رعاياها، ومفاده أن قانون الدولة يسري على جميع إقليمها وينصرف إلى جميع الأشخاص القاطنين فيه مواطنين كانوا أم أجانب، وأنه يقف عند حدود إقليم الدولة فلا يمتد إلى رعاياها القاطنين خارجه والمقيمين في دولة أجنبية.

وهذا المبدأ عريق في القدم اقتضاه عزله الدول القديمة عن بعضها وعدم تشابك العلاقات بين أفرادها، كما اقتضاه التمسك بالأعنى لمبدأ سيادة الدولة، غير أن هذا المبدأ ما لبث أن تصدع إلى مدى ما منذ القرن الثالث عشر الميلادي بتمو التجارة وتشابك العلاقات بين أفراد الدول أو الدول مما اقتضى السماح بتطبيق قانون أجنبي على إقليم الدولة.

#### مبدأ شخصية القانون:

ومفاده أنه بالنظر لسيادة الدولة على رعاياها فينبغي أن تسري قوانينها على جميع رعاياها سواء ما كان قاطناً في إقليمها أو كان مستقراً في إقليم دولة أجنبية.

وقد ظهر أول التطبيق لهذا المبدأ في الدول الإيطالية في القرن الثالث عشر بعد ازدهار



التجارة وتشابك العلاقات بين أفراد هذه الدوليات ونزوح الكثير من الأجانب للاستقرار في إقليم دولة أخرى. وقد بدأ ظهوره عن طريق المجاملات الدولية ثم استقر بتأثير من اختيارات العدل والمصلحة.

### تطبيق المبدأين معاً:

والواقع أنه بالنظر للتغير الذي ألم بالمجتمع الدولي من ازدهار في العلاقات الاقتصادية ونمو في العلاقات التجارية واستقرار كثير من الجاليات الأجنبية في أقاليم دول أخرى سار تطبيق هذين المبدأين جنباً إلى جنب. ولكن على نحو يتفاوت مدى تطبيق كلا منهما تبعاً لتفاوت طبيعة العلاقات القانونية واختلاف طبيعة القواعد القانونية التي تحكم هذه العلاقات. غير أن في وسعنا القول أن الأصل في التطبيق هو مبدأ إقليمية القانون لارتباطه بسيادة الدولة واستقلالها لا سيما بعد القضاء على ما كان يسود بعض الدول من امتيازات أجنبية وملائية. أما الاستثناء فهو مبدأ شخصية القانون إلا أن هذا الاستثناء قد يتسع نطاقه في بعض فروع القانون وقد يضيّق نطاقه في فروع أخرى. على النحو الذي نشير إليه فيما يلي:

### أولاً- مدى تطبيق المبدأين في فروع القانون العام:

تعرف قواعد القانون العام الداخلي بأنها القواعد التي تنظم العلاقات التي تظهر فيها الدولة باعتبارها صاحبة السيادة في المجتمع طرفاً فهي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بسيادة الدولة وسلطانها على إقليمها ولذلك فإن الأصل في قواعد القانون العام أن تطبق تطبيقاً إقليمياً ومع ذلك فإن ثمة استثناءات تبرز في مجالات ضيقة ترد على هذا المبدأ وأبرزها ما يأتي:

ففي دائرة القانون الدستوري لا يتمتع الأجانب بما نص عليه الدستور من بعض الحقوق العامة والسياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح للهيئات النيابية وبعض الواجبات الوطنية كواجب الخدمة العسكرية لأن هذه الحقوق مظهر من مظاهر الانتماء إلى الوطن وفي دائرة القانون الإداري والمالي يحرم الأجانب من حق تولي الوظائف العامة وإن جاز ارتباطهم بعقود شخصية. وقد يعفى الأجانب من دفع الضرائب لاعتبارات يقدرها المشرع ترتبط بالمصلحة العامة أو تقيّد على سبيل المجاملة وفي دائرة القانون الجنائي تتعدد الاستثناءات التي ترد على قاعدة إقليمية القانون وقد وردت في قانون العقوبات العراقي النافذ الاستثناءات التالية.

١) توسع المشرع العراقي في تطبيق مبدأ إقليمية القانون فأجاز امتداد تطبيق قانون

العقوبات العراقي إلى خارج إقليم الدولة بالنسبة إلى جرائم معينة قدر المشرع خطورتها فقتضى تطبيق القانون العراقي عليها حفاظاً على أمن وسلامة الدولة أيّا كان مرتكبها عراقياً أو أجنبياً فنصت المادة التاسعة من قانون العقوبات العراقي على تطبيق أحكامه على كبل من ارتكب خارج العراق جريمة تمس أمن الدولة العراقية الخارجي أو الداخلي أو ضد نظامها الجمهوري أو سندها المأذون بإصدارها قانوناً أو طوابعها أو جريمة تزوير في أوراقها الرسمية كما أنها أخضعت لحكم القانون الجنائي العراقي الجرائم المرتكبة خارج العراق كجريمة تزوير أو تقليد أو تزيف عمله ورقه أو مسكوكات معدنية متدولة قانوناً أو عرفاً في العراق أو في الخارج.

(٢) كما أن المشرع العراقي وسع في تطبيق قانونه فجعل له اختصاصاً شاملاً لكل من ارتكب جريمة في الخارج من الجرائم التي تنص عليها في المادة الثالثة عشر ووجد في العراق وذلك رغبة منه في رعاية مصلحة المجتمع الدولي والحفاظ على أمن العائلة الدولية وقد حددت المادة الثالثة عشر المشار إليها هذه الجرائم بأنها «جرائم تخريب أو تعطيل وسائل المخابرات والمواصلات الدولية والاتجار بالنساء أو الصغار أو بالرقيق أو بالمخدرات».

(٣) وحد المشرع العراقي من نطاق مبدأ إقليمية القانون مراعاة منه لقواعد القانون الدولي العام التي أضقت الحصانة الدبلوماسية على بعض الفئات من المسؤولين فقتضى في المادة الحادية عشر منه على عدم سريان قانون العقوبات العراقي على الأشخاص الذين يتمتعون بخصانة مقرررة بمقتضى الاتفاقات الدولية أو القانون الدولي العام والقانون الداخلي وفي مقدمة هؤلاء رؤساء الدول وأعضاء البعثات الدبلوماسية.

(٤) وأخذ المشرع العراقي بمبدأ شخصية القانون في الحالات الثلاثة الآتية:

أولاًها: أخضع المشرع العراقي لحكم قانون العقوبات بمقتضى المادة العاشرة منه للمواطن العراقي الذي يرتكب جريمة خارج العراق إذا وجد في العراق وكانت الجريمة جنابة أو جنحة وكانت معاقب عليها بمقتضى قانون محل ارتكابها ويطبق القانون العراقي حتى لو اكتسب الجنائي الجنسية العراقية بعد ارتكاب الجريمة أو كان متمتعاً بالجنسية العراقية وقت ارتكابها وفقدتها بعدئذ. ثانياً: وقرر المشرع العراقي بنص الفقرة الأولى من المادة (١٢) سريان أحكام قانون العقوبات العراقي على كل من ارتكب جريمة في الخارج من موظفي الجمهورية العراقية والمكلفين بخدمة عامة لها أثناء تأدية أعمالهم أو بسببها بشرط أن تكون

الجريمة جناية أو جنحة. ثالثتها: وقضت الفقرة الثانية من المادة (١٢) من قانون العقوبات العراقي بإخضاع رجال السلك الدبلوماسي العراقي في الخارج الذين لا يخضعون لأحكام القانون الجنائي في الدولة التي يقيمون فيها لتمتعهم بالحصانة الدبلوماسية لأحكام القانون العراقي إذا ارتكبوا جناية أو جنحة مما نص عليه القانون العراقي.

#### تطبيق المبدأين في فروع القانون الخاص:

تعرف قواعد القانون الخاص بأنها مجموعة القواعد التي تنظم الروابط بين الأشخاص في المجتمع أو بينهم وبين الدولة<sup>٩</sup> على اعتبارها شخصاً معنوياً اعتيادياً وهي قواعد لا تتميز بطابع السلطة العامة أو سيادة الدولة ولذلك فإن المجال يتسع في نطاق فروع القانون الخاص للأخذ بمبدأ شخصية القانون فيجوز أن يتعدى قانون الدولة في التطبيق حدود إقليمها والأصل أن يحدد المشروع الوطني مدى تطبيق قواعد القانون الخاص الداخلي فيقرر الحالات التي يأخذ بها بمبدأ إقليمية القانون والحالات التي يعتد فيها بمبدأ شخصية القانون. وهو في الغالب لا يكون حراً في هذا التحديد وإنما يتزل عند مقتضيات المعرف الدولي والاتفاقات الدولية عند أخذه بمبدأ شخصية القانون فيتولى المعرف الدولي والاتفاقات الدولية تحديد كثير من الحالات التي ينبغي على الشرع الوطني أن يأخذ في نطاقها بمبدأ شخصية القانون ويظل لهذا الشرع الحق بتوسيع نطاق تطبيق هذا المبدأ في غيرها من الحالات نزولاً عند اعتبارات المجاملة أو المعاملة بالمثل.

والواقع أن للشرع العراقي أخذ بمبدأ شخصية القانون على نطاق واسع في مجال الأحوال الشخصية أسوة بغيره من الشرعين. فقد نص الشرع العراقي في المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية المعدل رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ على سريان أحكام هذا القانون على العراقيين إلا من استثنى منهم بقانون خاص. وقضى بتطبيق أحكام الميراث (١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٤) من القانون المدني العراقي في حجة تنازع القوانين من حيث المكان. أما في دائرة القانون المدني والتجاري فقد تمسك الشرع العراقي بمبدأ إقليمية القانون ولكنه سمح ببعض الاستثناءات التي يطبق فيها قانون أجنبي والتي أشار إليها في الفرع الأول من الفصل الأول من الباب التمهيدي للقانون المدني العراقي. ولئن نخوض في تفصيل ما ورد في القانون المدني من استثناءات أو ما جاء في قانون الأحوال الشخصية من مجال واسع لتطبيق مبدأ شخصية القانون في هذا الموضوع؛ لأن مجال بحثها يقع في مادة القانون الدولي الخاص ومادة الأحوال الشخصية.

## الموضوع الثاني

### سريان القانون من حيث الزمان

إذا صدر القانون ونم نفاذه بنشره أو بانقضاء الميعاد المحدد للتنفيذ بعد النشر سرت أحكامه على الوقائع والروابط القانونية التي تقع بعد نفاذه وهذا ما يسمى بالآثر الفوري أو المباشر للقانون. وإذا أعقب نفاذه صدور قانون جديد حل محل القانون الأول فعدله أو إلغاء سري القانون الجديد على الوقائع التي نل نفاذه دون أن ينسحب أثره إلى الوقائع التي تمت قبل نفاذه وهذا ما يسمى بمبدأ عدم رجعية القانون. ولذلك ينبغي أن نقف قليلاً عند هذا المبدأ لبيان الحجج التي عملت على دعمه ولتتعرف على مواقف القوانين والفقه حياله وللتدرك العليات التي تحول دون تطبيقه تطبيقاً تاماً، ثم نشر بعد ذلك إلى الاستثناءات التي ترد على تطبيقه.

#### مبدأ عدم رجعية القانون:

يعني هذا المبدأ عدم سريان حكم القانون على الوقائع والتصرفات وأثارها التي تمت قبل نفاذه وهو مبدأ تستند ثلاث حجج هي المنطق والعدل والمصلحة. فليس من المنطق أن ينسحب أثر القانون على الوقائع التي سبقت نفاذه؛ لأن القاعدة القانونية تعني تكليفاً يوجه لشخص ما بأمر وينبغي لتحمل هذا التكليف أن يكون الشخص المخاطب على علم به ويفترض علم المخاطب بالتكليف عند نشر القانون أو بانقضاء المدة التي حددها القانون بعد النشر لتنام نفاذه ولذلك فإن المنطق يقتضي أن لا يسري حكم القانون إلا على ما هو آت فيسري على الوقائع التي تعقب حدوثه.

والعدل يقتضي أن لا يسري حكم القانون على الوقائع التي سبقت نفاذه وتمت في ظل قانون قديم ذلك لأن الأشخاص في تصرفاتهم قد اطمأنوا إلى ما يحكم علاقاتهم وأفعالهم من قواعد قانونية فليس من العدل أن ترتكب جريمة في ظل قانون يجدد عقوبة لها ثم يعاقب الشخص بعقوبة أقرها قانون جديد والحفاظ على استقرار المعاملات ودعم الثقة بالقانون ورعاية مصالح الناس يقتضي كذلك عدم سريان أحكام القانون الجديد على ما تم من الوقائع في ظل قانون قديم ولا ترزعزع استقرار التعامل وضعفت الثقة بالقانون.

ولذلك نصت بعض الدساتير وأكثر القوانين على هذا المبدأ ومن الدساتير التي نصت عليه الدستور المصري القائم فقد قضت المادة (٨٨) منه بالعمل بالقوانين بعد شهر من اليوم



الثاني لتاريخ نشرها إلا إذا حدد سريانها ميعاد آخر. وتحدث الدستور العراقي المؤقت القائم الذي نصت الفقرة (ب) من المادة الرابعة والستين منه (على أن القوانين ليس لها أثر رجعي إلا إذا نص على خلاف ذلك ولا يشتمل هذا الاستثناء القوانين الجزائية وقوانين الضرائب والرسوم المالية).

كما نص القانون المدني العراقي أسوة بكثير من القوانين المدنية على هذا المبدأ فتص في الفقرة الأولى من المادة العاشرة من القانون المدني على ما يأتي (لا يعمل بالقانون إلا من وقت صيرورته نافذاً فلا يسري على ما سبق من الوقائع إلا إذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك أو كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام أو الآداب). ويلاحظ على ما تقدم أن الدستور إذا نص على هذا المبدأ سواء جاء النص مطلقاً أو مقيداً بقيد لا يملك المشرع الخروج على حكم النص في كل تشريع يصدره أما إذا سكوت الدستور عن ذلك ونصت القوانين عليه التزام القاضي بمبدأ عدم رجعية القانون إلا في الحالات المنصوص عليها.

#### مدى صعوبة تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين:

لا يثير تطبيق هذا المبدأ صعوبة ما بالنسبة للوقائع التي تم تكوينها ونمت آثارها في ظل قانون ما ثم صدر قانون لاحق يغير في أحكامها ولكن الصعوبة تنشور بالنسبة للمراكز القانونية التي تنشأ بعض عناصر تكوينها في ظل قانون ثم تتوافر العناصر الأخرى في ظل قانون لاحق كالتمادم والوصية كما تنشور الصعوبة أيضاً بالنسبة للمراكز القانونية التي تم تكوينها في ظل قانون ولكن آثارها ظلت مستمرة وامتدت حتى صدر قانون لاحق يغير في أحكامها كالزواج والقرض والإيجار.

ويجري التساؤل عندئذ عن مدى تطبيق القانون الجديد على هذه الوقائع وتلك المراكز من حيث تكوينها أو من حيث آثارها ونسوق الأمثلة الآتية لتبين مدى صعوبة التمسك بمبدأ عدم رجعية القانون.

(١) أقرض شخص آخر مبلغاً من المال بفائدة قدرها (٧/٨) ثم صدر قانون جديد أثناء سريان العقد يخفض سعر الفائدة إلى (٧/٧) فهل يسري القانون الجديد على فوائد القرض أو تظل الفوائد محكومة بالقانون القديم.

(٢) بلغ شخص كامل أهليته في ظل قانون يحدد سن البلوغ بتساع الثامنة عشر من العمر وبعد عام من بلوغه صدر قانون جديد يرفع سن الرشد الذي يكتمل به الأهلية إلى تساع

الحادية والعشرين فهل ينقلب الشخص الذي اكتسبت أهليته في ظل القانون القديم شخصاً ناقص الأهلية.

٣) إذا كان القانون القديم يحدد ميعاداً معيناً لكسب الملكية بالتقادم ووضع شخص بده على عقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري يتيم بملكه مدة ما ثم صدر قانون جديد ينقص من مدة كسب الملكية بالتقادم التي نص عليها القانون القديم أو يزيد فيها فهل يسري حكم القانون الجديد أم يخضع التقادم للمدة التي حددها القانون القديم.

#### الحلول الفقهية لتحديد مدى تطبيق مبدأ عدم الرجعية:

لتحديد منطقتي سريان كل من التشريع القديم والجديد على الوقائع والمراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم ولعرفة مدى تطبيق مبدأ عدم رجعية تبرز نظريتان ساقهما الفقه في هذا الشأن أولاً: النظرية التقليدية القائمة على التمييز بين الحق المكتسب وبين مجرد الأمل والنظرية الحديثة أولاً النظرية التقليدية<sup>(١)</sup> (التمييز بين الحق المكتسب وبين مجرد الأمل). تقوم هذه النظرية على التمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل فإن كسب حق في ظل قانون قديم امتنع سريان القانون الجديد على الماضي وإذا من القانون الجديد مجرد أمل ينتج عن واقعه نشأت في ظل قانون قديم سرى أثر القانون الجديد على الماضي وقد ناصر هذه النظرية الفقه الفرنسي طوال القرن التاسع عشر وجانب كبير من القضاة. وعرف الحق المكتسب بتعريفات كثيرة لعل أهمها عن العموض القول بأنه مصلحة مالية تدخل في ذمة شخص يمكن الدفاع عنها بدعوى أو بدفع. أما مجرد الأمل فهو أمنية لدى الشخص قد تتحقق وقد لا تتحقق فلو تألفت شركة للإقراض في ظل قانون يحدد سعر الفائدة الانتفاكية ٩٪ وأقرضت عملاءها بهذا السعر ثم صدر قانون جديد يخفض سعر الفائدة الانتفاكية إلى ٧٪ فإن حكم القانون الجديد لا يسري على ما قبضته الشركة قبل نفاذه من فوائد تزيد على السعر الذي حدده لأنه يمس عندئذ حقاً مكتسباً للشركة ولكنه يسري على الفوائد التي تستحق بعد نفاذه لأن حق الشركة فيها مجرد أمل.

(١) أصول القانون: السهوري وأحمد حشمة أبو سبيت، ص ١٩١.

## ثانيًا: النظرية الحديثة<sup>(١٦)</sup>

تقوم هذه النظرية على مبدأين أحدهما يكمل الآخر هما الأثر المباشر للقانون ومبدأ عدم الرجعية ومفادها أن القانون الجديد يحكم ما يعقب نفاذه من وقائع وتصرفات أما ما اكتمل نشوؤه من مراكز قانونية أو تصرفات وما تم من آثارها قبل نفاذه فلا سريان لحكمه عليها وإنما تخضع جميعها للقانون القديم أما بالنسبة للمراكز القانونية التي توافرت بعض عناصر تكوينها مما له قيمة قانونية في ذاته في ظل قانون قديم وتوافرت عناصر التكوين إلى أخرى في ظل قانون جديد كالتفاد والوصية، فإن ما تكون من عناصر في ظل القانون القديم يخضع لحكم هذا القانون ونسري أحكام القانون الجديد على العناصر التي اكتملت في ظله. وإذا اكتملت عناصر المركز القانوني في ظل قانون قديم غير أن آثاره ظلت مستمرة إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد كالزواج والقرض والإيجار فإن الآثار التي تمت تخضع للقانون القائم وقت تمامها فيخضع ما تم من آثار في ظل القانون القديم ونسري حكم القانون الجديد على الآثار التي تمت بعد نفاذه.

فلو أوصى شخص بثلث ما له لوارث في ظل قانون يميز الوصية للوارث في حدود الثلث من التركة ثم صدر قانون جديد يفيد الوصية للوارث بربع التركة فقط ومات الموصي بعد نفاذ القانون الجديد فإن أحكام القانون الجديد تسري على الوارث فلا يستحق غير الربع من التركة. أما الوصية من حيث شكلها فتخضع للقانون القديم ما دامت قد استوفت الشكل المقرر فيه. ذلك لأن الوصية تتكون من عنصرين أولهما التصرف والشكل المطلوب فيه وثانيهما موت الموصي وقد اكتمل العنصر الأول في ظل القانون القديم فيكون معكوفًا به. أما العنصر الثاني فلم يتحقق إلا بعد نفاذ القانون الجديد ولذلك يسري عليه حكمه.

ولو صدر قانون يخفض من سعر الإيجارات بنسبة معينة سرت أحكامه على الإيجارات التي تستحق بعد نفاذه أما ما قبضه المؤجر من أجره قبل نفاذ القانون الجديد فإنه يستحقها كاملة إلا إذا كان القانون الجديد قد حدد مدة معينة لسريان أحكامه تسبق نفاذه أو قضى سريان حكمه على عقود الإيجار منذ وقت إبرامها ذلك لأن ما استحقه المؤجر من أجره قبل نفاذ القانون الجديد يعتبر أثرًا تم في ظل القانون القديم.

(١٦) المدخل لدراسة القانون: مالك دوحان الحسن ومراجعة: ص ٢٤٨.

### تقدير النظريتين:

تعرضت النظرية التقليدية للتقد من قبل الفقه الحديث. فقيل إنها جاءت مشبعة بالترعة الفردية وراعت المصالح الشخصية على حساب أهداف القانون، وقيل كذلك إنها لم تضع معياراً واضحاً للتمييز بين الحق المكتسب وبين مجرد الأمل، وقيل أيضاً إنها تخلط بين الأثر المباشر للقانون وبين الأثر الرجعي له فتجعل من سريان القانون على الشخص الذي اكتملت أهليته في ظل قانون قديم وعاد ناقص الأهلية في ظل قانون جديد برفع سن الرشد مثلاً لرجعية القانون مع أنه في حقيقته مثلاً للأثر المباشر للقانون الجديد.

وقد تعرضت النظرية الحديثة بدورها للتقد بسبب عدم تخلصها من آثار الفكر الفردي كرفضها سريان القوانين المتعلقة بالنظام العام على الماضي وتأكيداها على وجوب إخضاع آثار التصرفات القانونية للقانون الذي تمت في ظلّه وإن استمرت هذه الآثار إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد إلا أنها بلا ريب تعتبر أفضل من النظرية التقليدية التي تسبعت بالترعة الفردية واكتنفتها الغموض والنقص والخلط.

### الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم الرجعية:

نوجز فيما يلي أبرز الاستثناءات التي سلم بها التشريع والفقه على هذا المبدأ:

- ١) النص الصريح: فإذا قضى المشرع بسريان القانون على الماضي بالنص الصريح في قانونه سري حكم هذا القانون على ما وقع قبل نفاذه من وقائع وتصرفات.
- ٢) القانون التفسيري: وهو التشريع الذي يصدر لإزالة غموض شاب نصوص قانون نافذ وأدى إلى ارتباك القضاء في تفسيره وتطبيقه فإذا صدر القانون التفسيري سرت أحكامه على الوقائع القائمة وقت نفاذه دون الوقائع التي حسمت من قبل القضاء قبل صدوره.
- ٣) القانون المتعلق بالنظام العام: تسري أحكام هذا القانون على الماضي ولا حق لأحد في الاعتراض على تطبيقها بحجة مساسها بحق اكتسبه ومع ذلك يجب أن يلاحظ أن هذه القوانين إذا تعلقت بمسائل الأحوال الشخصية سرت على الماضي دون خلاف في المسائل الموضوعية كالجمع بين الأختين الذي حرمه الإسلام بأثر رجعي دون المسائل الشكلية التي لا أثر في نطاقها لمبدأ الرجعية فمن أسلم لا يطلب منه إعادة عقد زواجه بالشكل الذي يتطلبه الإسلام. أما إذا تعلقت بالمعاملات المالية فينبغي التمييز بين نوعين منها: أولهما: إذا استهدف القانون تحقيق مصلحة عامة خالصة كالقانون الذي يعطي للأوراق المصرفية سعراً جبرياً ولا



يُجيز للأشخاص استبدال الذهب بأوراقهم، وثانيهما: إذا عُدَّ القانون إلى حماية المصالح الفردية كالقانون الذي يخفف الحد الأعلى للفائدة الاتفاقية أما النوع الأول فيسري حكمه على التصرفات التي عقدت قبل نفاذه، ولا تزال قائمة فيحكم جميع آثارها وأما النوع الثاني فلا يسري على ما تم من آثار التصرفات المبرمة قبل نفاذه ولكنه يحكم الآثار التي تتحقق بعد النفاذ وقد أقرت النظرية التقليدية هذا الاستثناء أما النظرية الحديثة فقد رفضته بحجة عدم وجود مبرر له لأن للمشرع الحق في أن يقضي برجعية القانون بالنص الصريح.

٤) القانون الجنائي الأصحح للمتهم: تنص كثير من القوانين كما يسلم الفقه والقضاء سريان القانون الجنائي الأصحح للمتهم على الجرائم التي ارتكبت قبل نفاذه ولم يصدر الحكم النهائي فيها كأن يبيح القانون الجديد الفعل الذي ارتكبه المتهم أو يخفف من عقوبة الجريمة التي ارتكبها ما دام الحكم النهائي لم يصدر فيها والحجة في رجعية القانون الأصحح للمتهم هي مراعاة العدل والمصلحة أولاً ولأن المشرع هو الذي يقدر مدى خطورة الفعل المرتكب على أمن المجتمع ثانياً.

أما إذا صدر الحكم النهائي قبل نفاذ القانون الجديد الذي اعتبر الفعل مباحاً فعلى السلطة المختصة أن توقف تنفيذ الحكم وتطلق سراح المحكوم عليه وإذا صدر القانون الجديد تخفيفاً من عقوبة الجريمة وجب على المحكمة المختصة إعادة النظر في العقوبة لتخفيفها ويقع ذلك عن طريق طلب يقدم وموافقة المحكمة عليه. وقد أشار المشرع العراقي إلى هذا الاستثناء في نص الفقرة الثانية من قانون العقوبات العراقي الجديد.

## الفرع الرابع

### تفسير التشريع

#### معنى التفسير والغرض منه:

يعني التفسير لغة البيان والتوضيح لكشف المراد. أما اصطلاحاً فقد اختلف الفقهاء في تحديد مفهومه وذهب الفقه في هذا الشأن إلى اتجاهين أحدهما يضيق في مفهومه وثانيهما يوسع من معناه. أما التفسير الضيق فيعني إزالة غموض النص وتوضيح مبهمة للقضاء على الاختلاف في تحديد معناه والتفسير بهذا المعنى لا يقع إلا في حالة غموض النص فلا شأن له بنقص أحكام

النص أو يتعارض أجزاء القانون، أما التفسير الواسع فيعني توضيح ما غمض من الفاظه وتقويم عيوبه واستكمال ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتعارضة وتكييفه على نحو يجاري متطلبات المجتمع وروح العصر. والتفسير بهذا المعنى يلازم تطبيق القانون ويفتضي تفهيم معناه لإيجاد الحل المناسب للحكم فإذا شاب النص غموض أو نقص أو عيب مادي أو تعارض بين النصوص وجب على القاضي أن يعتمد على التفسير كي يتوصل إلى الحكم المراد تطبيقه لحل النزاع.

وفي رأينا أن التفسير يلازم تطبيق القانون ولا صحة للقول أنه لا يرد إلا على النص الغامض فهو عملية عقلية علمية يراودها الكشف عن المصلحة التي تهدف إليها الإرادة التشريعية للحكم في الحالات الواقعية فهو يتضمن جميع العمليات التي يقتضيها تطبيق القانون على واقع الحياة. ولذلك فإن الحاجة إلى التفسير تنشأ عن طبيعة القانون لا عن غموض نصوصه. إن تفسير القاعدة القانونية يهدف إلى الوقوف على ما تتضمنه من حكم والبحث عن الحكم الواجب تقريره فيما يعرض في واقع الحياة من وقائع لم تواجهها القاعدة القانونية فالمرجع منها بلغت دقته لا يمكن أن يبيء تشريعه سائلاً من الغموض أو العيوب أو النقص فقواعد القانون تتميز بعموميتها وبتجريدها دون إكترات بدقائق الأمور وكثيراً ما ترتبط الأحكام بأفكار مجردة بترك تقديرها للقاضي في ضوء تطور الحياة وظروف المجتمع وقواعد القانون لا يمكن أن تحكم جميع ما يجد في المستقبل من وقائع لأنها وليدة الحياة والمرجع ومهما اتسع أفقه لا يمكن أن يحيط بها تفصيلاً كما أن المشرع مهما بلغت دقته لا يمكن أن يضمن سلامة النصوص في صياغته لها من العيوب، ويتضح مما تقدم أن تطبيق القانون يقتضي تفسيره للعثور على الحكم الواجب التطبيق قبل أن يعتمد المشرع على تعديل القانون القائم أو إلى إلغائه بعد تكاثر عيوبه ونقائصه ولذلك فإن المفهوم الواسع للتفسير هو الذي يسائر طبيعة القانون ومقتضيات الحياة؛ لأن الغرض من التفسير هو إيجاد الحلول للوقائع التي تعذر على القاضي العثور يسر على حلها بالنظر لعجز المشرع عن ضمان سلامة نصوص تشريعية من العيوب ولقصور النصوص عن الإبقاء بكل الحلول للوقائع غير المتناهية في الحال والاستقبال.

وجدير بالذكر أن التفسير يلازم المصدر الرسمي للقانون الذي يأتي باللفظ والمعنى معاً وهذا المصدر ليس سوى التشريع والكتب الدينية التي تعتبر في بعض الحالات مصدراً رسمياً أما المصادر الرسمية الأخرى فلا حاجة للتفسير في نطاقها؛ لأنها تأتي بمعنى مستقر دون أن ينصب في قالب لغوي يكتنفه الغموض أو النقص.

### حالات التفسير:

إذا كان النص واضحاً أي أن الألفاظ تعبر عن إرادة المشرع الحقيقية طبق المفسر النص دون عتاء فلا مساع للاجتهاد أو للتفسير في معرض النص الصريح أما إذا شاب النص الرأضح بعض العيوب المادية عمل المفسر إلى إزالتها كأن يكون المشرع قد استعمل حرفاً لا يستقيم المعنى إلا باستعمال حرف آخر بديل عنه. فلو جاء في نص القانون العقابي ما يأتي (يعاقب المجرم بالحبس أو بالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين). فإنه معنى النص لا يستقيم إلا بإحلال حرف واو بدلاً من حرف أو في الشطر الأول من النص. ويتولى المفسر إزالة العيب المادي لينضج النص على النحو الآتي:

(يعاقب المجرم بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين).

أما إذا كان النص غامضاً أو ناقصاً أو يبيح بعض الخصوص متعارضة في أحكامها استعان المفسر بقواعد التفسير لإزالة الغموض أو النقص أو التناقض، فالغموض والنقص والتعارض في الأحكام هي عيوب الخصوص الموضوعية التي تقتضي التفسير وسنوجز بيان معانيها فيما يلي:

### أولاً- غموض النص:

يعني الغموض إبهام اللفظ أي خفاء وعدم وضوحه على النحو يقتضي جهداً من المفسر لتحديد المعنى المقصود. وينشأ الغموض عن أسباب كثيرة تولى تفصيلها علماء أصول الفقه الإسلامي ولعل في مقدمتها احتمال اللفظ أكثر من معنى واحد. كلفظ الليل الذي يحتمل معنيين أولهما الليل الفلكي ومعنى الفترة الزمنية بين غروب الشمس وشرورها، وثانيهما حلول الظلمة في تلك الفترة فإذا اعتبر الليل ظروفاً مشدداً في جريمة السرقة وجب على القاضي أن يكشف المعنى المقصود بالليل. ومن أسباب الغموض كذلك غرابه اللفظ وإخراج اللفظ من معناه اللغوي إلى معنى اصطلاحي فصد المشرع والفراد بعض أفراد النص العام باسم خاص أو بوصف خاص يميزه عن سائر أفراد جنسه مما يبحث على التساؤل عن مدى انطباق حكم النص على هذا البعض وإذا كانت إزالة الغموض مهمة تلقى على عاتق المفسر لا سيما القاضي فلا سبيل لإزالة الغموض في بعض الحالات إلا عن طريق المشرع.

(١) انظر: دالات: الخصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي، الدكتور مصطفى الزبي، ص ٢٠٨.

### ثانيًا - النقص في الحكم

ويعني انعدام النص أو أن يفوت النص حكم حالات كان ينبغي أن يحكمها أو بتعبير آخر أن ينهي النص بحكم حالة واحدة من جملة حالات كان ينبغي أن يستوعبها النص بالحكم كأن يحرم المشرع التعامل في تركه مستقبلاً دون أن ينص على حكم للتعامل في الأموال المستقبلية بصورة عامة.

### ثالثًا - التعارض بين أحكام النصوص

ويراد بالتعارض بين أحكام النصوص أن تحيى أحكام نصين أو عدد من النصوص غير متوافقة مع بعضها. ويقع هذا التعارض كثيرًا في الحياة القانونية وينسب إلى تسرع المشرع في إصدار تشريع يحكم مسألة معينة دون استيعاب دقيق لأحكام التشريعات الصادرة في شأنها لينحاشي التعارض فيما بينها.

### أنواع التفسير:

يقوم بالتفسير عادة الفقه والقضاء ونادرًا ما يقوم به المشرع في الوقت الحاضر ولذلك تبرز في التفسير أنواع ثلاثة هي التفسير التشريعي والتفسير القضائي والتفسير الفقهي. ويضاف إليها نوع رابع هو التفسير الإداري الذي يقوم به رجال الإدارة في نطاق وظائفهم ومستكملها بإيجاز في هذه الأنواع.

### أولًا التفسير التشريعي:

وهو التفسير الذي يصدر من المشرع لإزالة غموض أو سد نقص أو تقويم عيب في قانون سابق اختلفت المحاكم في تطبيقه ولم تعد إلى معرفة قصد المشرع منه وذلك ابتغاء ضبط المقصود بالقاعدة القانونية. وقد تضاعفت أهمية هذا النوع من التفسير في الوقت الحاضر. فنادر وقوعه بعد أن كان هو النوع الغالب في الأنظمة القانونية القديمة، وكالفانون الروماني والأصل أن يصدر التشريع التفسيري من السلطة المختصة بسن التشريع المفسر (بفتح السين) فتفسير القانون يتم بقانون مفسر (بكسر السين) وتفسير النظام يتم بنظام مفسر. ومع ذلك يجوز للسلطة التشريعية المختصة بسن القانون أن تنيط تفسيره بغيرها كالسلطة التنفيذية ومن الأمثلة على ذلك القرارات التي أصدرتها اللجنة العليا للإصلاح الزراعي وما صدر من المجلس الزراعي الأعلى من تفسيرات لقانون الإصلاح الزراعي ويعتبر التشريع المفسر (بكسر السين) جزءًا من التشريع المفسر (بفتح السين) وينسحب تطبيقه على الوقائع القائمة في ظل التشريع المفسر والتي لم تصدر فيها الأحكام وهو يتمتع بالقوة الملزمة لأنه مجموعة من القواعد القانونية التي تلزم القضاء بالتطبيق.



وينبغي أن يلاحظ أن على المشرع أن لا يلجأ إلى التفسيرات التفسيرية التشريعية ابتغاء تحوير أحكام تشريع قائم واستحداث قواعد قانونية تخالف ما تضمنه التشريع المقرر تحت ستار التفسير؛ ذلك لأن هذا المسلك من المشرع يعتبر تخالفاً على مبدأ عدم رجعية التشريع ولذلك قرر القضاء الفرنسي المعاصر عدم رجعية القوانين التفسيرية ما لم ينص بصرامة على مرياتها بأثر رجعي وينبغي أن يلاحظ أنه لا يملك غير المشرع وحده تفسير كل من المشترك المعنوي والنص المجمل وهما من صور النصوص الغامضة.

### ثانياً- التفسير القضائي:

ويقوم القضاء بهذا التفسير بحكم طبيعة وظيفته فهو الذي يتولى تطبيق القانون على القضايا المنظورة من قبله. هو الذي يواجه عملياً غموض التشريع ونقصه وعيوبه وهو الذي يعمل على استنباط الأحكام للوقائع التي لا يعثر على حكم لها في النصوص ويتميز التفسير القضائي بالطابع العلمي؛ لأن القضاء يواجه واقع الحياة فهو في تفسيره لتشريع يتأثر بالظروف المحيطة ويسعى إلى جعل أحكام القانون متمسكاً مع حاجيات المجتمع وتطور أوضاعه ولذلك فإن القضاء في قيامه بمهمة التفسير يلعب دوراً هاماً في تطور القانون وإن كان دور ينبغي أن يمارس بحذر شديد مما خدش بعض الفقهاء إلى اعتبار القضاء مصدرًا رسميًا للقانون في نطاق ضيق في البلاد التي لا تأخذ ببداية السوابق القضائية والتفسير القضائي لا يتمتع بالقوة الملزمة فلا يلتزم به القاضي في أحكامه المقبلة كما أن تفسيره لا يلزم المحاكم إلا في الحالات التي نص عليها الدستور أو القانون. ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة (٢١٥) من قانون المرافعات العراقي التي قضت بوجوب اتباع قرار محكمة التمييز في حالات ثلاث منها صدور قرار النقص من قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز. وبالنظر إلى أن القضاء يتمتع بالاستقلال في أحكامه وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٦٠) من الدستور العراقي المؤقت القائم فإن القاضي لا يلتزم بأي تفسير تصدره السلطة التنفيذية أو الجهات الإدارية للقوانين والأنظمة عن طريق المنشورات وغيرها.

(١) أصول القانون: السهروري وأحمد حشمت أو منيت، ص ٢٠٢.

### ثالثاً- التفسير الفقهي:

وهو التفسير الذي يقوم به الفقهاء في شرحهم للقانون وينتج التفسير الفقهي بطابعه النظري ذلك لأن الفقيه عندما يقوم بالتفسير لا يعرض لحالات خاصة وإنما يستخلص قواعد عامة ويعتمد على التأصيل العلمي والمنطقي دون أن يعتمد في التفسير على وقائع الحياة. والتفسير الفقهي لا يكون ملزماً للقضاء غير أن القضاء كثيراً ما يتأثر بهذا التفسير لاعتبارات أدبية لا سيما إذا صدر الرأي عن فقيه جليل. وإذا كان للتفسير الفقهي طابعاً نظرياً خلافاً للطابع العملي للتفسير القضائي إلا أن ذلك لا يعني استقلال الفقه عن القضاء فعلاً ما يتأثر الفقهاء بما أوجعت إليه المحاكم في أخذها لظروف الحياة العلمية بعين الاعتبار وكثيراً ما يتأثر القضاء بأراء الفقهاء السديدة وقد يحملهم ذلك إلى العدول عن اتجاه قضائي سابق فالتعاون بين الفقه والقضاء وثيق في الوقت الحاضر والتأثير بينهما متبادل.

### رابعاً- التفسير الإداري:

وهو التفسير الذي تقوم به السلطات الإدارية في صورة منشورات وتعليقات تصدرها إلى اتباعها في السلك الإداري لتفسير تشريع ما. ولا يتمتع هذا التفسير بأي قوة ملزمة بالنسبة للقضاء وإنما يعتبر بمثابة رأي شخصي يقتصر إلزامه على من وجه إليه التفسير من رجال الإدارة.

### مدارس أو مذاهب التفسير:

تبرز في دائرة تفسير القانون ثلاث مدارس تتفاوت من حيث مدى اعتدادها بإرادة المشرع هي المدرسة التقليدية أو مدرسة التزام النص والمدرسة الاجتماعية والمدرسة العلمية.

#### أولاً- المدرسة التقليدية أو مدرسة الالتزام بالنص:

وترتبط بهذه المدرسة مدرسة الشرح على المتن التي سادت الفقه الفرنسي طوال القرن التاسع عشر والتي قدّمت تقنين نابليون وإرادة مشرعه. وتقوم هذه المدرسة على أساسين أولهما: كفاية التشريع فني اعتقادها أن التشريع في صورة التقنين يشمل جميع الأحكام القانونية ولا مصدر للقانون سواء ولذلك فإنها امتنعته العرف وغيره كمصدر للقانون وثانيهما: تقديس إرادة المشرع الحقيقية وهي إرادة المشرع وقت سن التشريع ذلك لأن إيمانها بأن التشريع هو المصدر المفرد للقانون حملها على تقديس إرادة المشرع الحقيقية في تفسير

القانون ما دام التشريع هو المظهر المعبر عن هذه الإرادة. وترى هذه المدرسة أن النص إذا كان واضحاً أي أن إرادة المشرع الظاهرة من النصوص توافق إرادته الباطنة والحقيقية. يطبق القاضي النص الكاشف عن إرادة المشرع دون غناء أما إذا كان النص غامضاً وتعلد على القاضي فهم معناه الكاشف عن إرادة المشرع الحقيقية عمد إلى التحري عن هذه الإرادة عن طريق وسائل خارجة عن النص وهي: حكمة التشريع والأعمال التفسيرية للتشريع والمصادر التاريخية له وتسمى هذه الوسائل بطرق التفسير الخارجية. أما إذا أعدم النص ولم يجد القاضي حلاً للقضية المنظورة في الفاظ النصوص عمد إلى افتراض نية المشرع. والنية المفروضة تعني نية المشرع وقت سن التشريع لو أنه عرض للحالة التي أغفلها النص بالحكم وقت سنه ويستعين القاضي بوسائل لا تخرج عن دائرة النصوص للوصول إلى نية المشرع المفروضة ولذلك فهي تسمى طرق التفسير الداخلية وهي القياس والقياس من باب أولى ومفهوم المخالفة ومنعروض لبيان معاني مختلف هذه الوسائل في فقرة تالية.

وإذا كانت هذه المدرسة تتميز باحترامها للتشريع ولإرادة المشرع الحقيقية مما يؤدي إلى الحلول دون تحكم القضاء في التفسير وإلى الحفاظ على هيبة القانون وإلى احترام مبدأ الفصل بين السلطات ومنع القضاء من المساس بسلطات المشرع إلا أنها عالت في احترام إرادة المشرع مغالة تؤدي إلى جمود القانون والحيلولة دون تطوره لأنها تعتمد دائماً بنية المشرع وقت وضع التشريع هذا فضلاً عن أن اعتبارها التشريع المصدر الفرد للقانون يتغلب على إنكار للمصادر الرسمية الأخرى للقانون وفي مقدمتها العرف وهو إنكار يفنده واقع الحياة القانونية لأن التشريع لا يمكن أن يستوعب جميع الحلول للمواقف القانونية غير المتناهية.

#### ثانياً: المدرسة الاجتماعية أو مذهب التطور:

تقوم هذه المدرسة على أساس هو انفصال القانون المكتوب عن إرادة المشرع وقت سنه والاعتقاد بأن القانون يحيا حياة مستقلة عن إرادة المشرع وأنه يتطور تطوراً ذاتياً بحيث يتطور المجتمع أوضاعاً وظروفاً وفيما ولذلك فهي لا تعند بنية المشرع الحقيقية أو المفروضة وإنما تأخذ بنية المحتملة ويقصد بنية المشرع المحتملة نية المشرع وقت تطبيق النص وتفسيره لا وقت سنه. أي أن تفسير القانون ينبغي أن يكون في ضوء ظروف المجتمع وأوضاعه والمفاهيم والقيم السائدة ومقتضيات المصلحة والعدل وقت التفسير وبذلك يكتسب القانون مرونة تبعده عن الجمود ويصبح به مسابراً لتطور المجتمع. وقد ظهرت هذه المدرسة في أوائل القرن

العشرن في ألمانيا وتحمس لها بعض الفقهاء كالفقيه (إيرنك) إلا أنه لم يكتب لها النجاح والأزدهار إلا على يد بعض فقهاء فرنسا وفي مقدمتهم الفقيه سالي الذي نسب كثير من الفقهاء هذه المدرسة إليه.

وإذا كان من فضائل هذه المدرسة إضفاء الحياة والمرونة على القانون يجعله مواكباً للمجتمع في تطوره إلا أنه يؤخذ عليها أن اتجاهاها في التفسير يفقد التشريع بعض الحية ويدعو إلى تحكم القضاء واضطراب الأحكام كما أنه يؤدي إلى المساس بمبدأ الفصل بين السلطات ذلك لأن السلطان الواسع الذي يتمتع به القضاء في تفسير القانون قد يجعل من القاضي مشرعاً منشئاً لقواعد القانون لا مجرد مفسر لها.

### ثالثاً المدرسة العلمية أو مذهب البحث العلمي الحر:

نسب هذه المدرسة إلى الفقيه الفرنسي (فرائسوا جني) الذي عبر عن أفكاره في مؤلفه الشهير (طريقة التفسير والمصادر في القانون الخاص الوضعي).

ويرى جني أن التشريع يستقل عن إرادة المشرع بعدد من أسباب منها عدم كفاية التشريع للوفاء بجميع الحلول القانونية فهو ليس المصدر الفردي للقانون وإنما يقف العرف إلى جانبه وهو يرى أن تفسير القانون ينبغي أن يتم بمقتضى نية المشرع الحقيقية وقت سن التشريع إذا كانت نية واضحة أما إذا لم تكن كذلك فينبغي عدم البحث عن إرادة المشرع المفروضة عن طريق التوسع في القياس المنطقي للوصول إليها وبذلك يخالف المدرسة التقليدية وينبغي عليه عدم التحيز عن نية المشرع المحتملة وهو في ذلك يخالف المدرسة الاجتماعية.

ويميز جني بين حالات مختلفة تقتضي التفسير فإذا كان النص واضحاً ملهه القاضي معتداً بنية المشرع الحقيقية وإن لم يكن واضحاً وجب على القاضي أن يفسر النص لا عن طريق افتراض إرادة المشرع لأن النص يستقل عن إرادة المشرع بعدد من أسباب منها ظروف المجتمع وقت التفسير ووفق روح العصر ومقتضيات العدالة، فإن لم يوجد نص استعان القاضي بالعرف فإن انعدم الحكم في أي مصدر رسمي وجب على المفسر أن يلجأ إلى البحث العلمي الحر ملتفتاً إلى الحل عن طريق التمعن في الأصول الواقعية والفكرية التي تسود المجتمع فيستلهم الحكم لا من رأي الخاص وإنما عن طريق دراسة مجموعة من الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية والمثالية التي تنهض في مجتمع ما.

وينسب لجني الفضل في توضيح عدم كفاية التشريع والعرف في استيعاب جميع الحلول



القانونية والدعوة إلى البحث العلمي الحر للوصول إلى الحلول القانونية عن طريق دراسة الأصول الواقعية والفكرية التي غفلها مجموعة من الخدائق نسود مجتمعاً ما وقد أثرت أفكاره في جانب كبير من الفقه المعاصر كما تأثر بها كثير من المشرعين كالمرجع السويدي الذي نص في المادة الأولى من قانونه المدني على أن على القاضي أن يحكم كما لو كان مشرعاً حين يتقدم النص في التشريع أو يتقدم العرف.

#### قواعد التفسير:

ينسب للمدرسة التقليدية أو مدرسة التزام النص الغرض في وضع جملة من القواعد يستعين بها المفسر في تفسير القانون ولا يزال القضاء المعاصر يأخذ بها بالرغم من انحسار تأثير المدرسة التقليدية ومتموج فيها يلي بيان مختلف وسائل التفسير التي وضعتها المدرسة التقليدية وما أضيف إليها.

إن قواعد التفسير تبدوا على نوعين أولهما: قواعد التفسير الخارجية وهي القواعد التي يستعين بها المفسر من خارج دائرة النصوص وثانيها: قواعد التفسير الداخلية وهي القواعد التي يلتصق بها المفسر داخل دائرة النصوص.

#### طرق التفسير الخارجية:

وهي طرق يستند فيها المفسر إلى عنصر خارج عن التشريع ويستعين بها لا سيما في حالة غموض النص وأهمها ما يأتي:

(١) حكمة التشريع: وتعني الغرض الذي هدف إليه المشرع من وضع النص. أو العلة التي اقتضت الحكم وعن طريق إدراك علة الحكم يقوم المفسر بتوضيح ما غمض من ألفاظ النص.

(٢) الأعمال التحضيرية: وهي مجموعة الأعمال التي تواكب التشريع منذ اقتراحه حتى تمام منه كالذكرات التشريعية ومناقشات المجلس التشريعي ومحاضرها وأعمال اللجان المختصة بإعداد التشريع ويستعين المفسر بهذه الأعمال في توضيح النص المبهم أو استكمال نصه أو رفع التعارض بين النصوص لمعرفة إرادة المشرع غير أن المفسر ينبغي أن يكون حذراً في الاستعانة بهذه الأعمال لأنها ليست جزءاً من التشريع وإنما هي وسيلة لإدراك مقاصد المشرع ولذلك فإن من المحتمل أن تشتغل على فكرة خاطئة وينبغي على المفسر عندئذ أن لا يعتمد هذه الفكرة وإنما يصل إلى إرادة المشرع عن طريق آخر.

٣) المصادر الفاروقية: وهي المراجع التي استمد منها المشرع أحكام تشريعه فالشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري هما المصدران التاريخيان للقانون المدني العراقي. فإذا غمض نص رأى المفسر أنه مستمد من الفقه الإسلامي استعان بهذا الفقه في تفسير النص وإن وجده مستمدًا من قانون وضعي أجنبي استرشد بالفقه والقضاء الأجبيين في تفسير هذا النص.

٤) العادات: وهي مجموعة القواعد التي ألفها الناس في تعاملهم حتى استقرت ويستعين بها المفسر في تحديد نطاق كثير من الحقوق كحقوق الملكية والجوار والانتفاق ويستعين بها المفسر في تحديد ما يعتبر من أعمال الشايع التي لا تكسب حقًا ومالًا يعتبر كما أن الرجوع إلى العادات أمر يلجأ إليه المفسر في تفسير العقود إذا تبين للقاضي أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى الأخذ بها.

٥) الفلسفة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تسود دولة ما:

وهي فلسفة تشيع في مجتمع يسوده نظام حكم تميز بمبادئ محددة قام عليها وفلسفة تشيع بها ويتبعي على المفسر أن يستهدي بها في تفسيره للقانون.  
طرق التفسير الداخلية:

وهي الطرق التي ينطوي عليها التشريع ذاته ويستعين المفسر بهذه الطرق في الحالات التي ينعدم فيها النص أو تبدوا فيها نقائص أحكام القانون أو يبدو فيها التناقض بين أحكام عبدة من النصوص وأهم هذه الطرق ما يأتي:

#### ١) الاستنتاج بطريق القياس:

ويعني إعطاء حالة غير متصوص على حكمها نفس حكم حالة أخرى ورد نص بحكمهما لتماثل العلة بين الحالتين فإذا قرز المشرع الجنائي عدم توقيع العقوبة على من يرتكب مرققة إضرارًا بزوجه أو بزوجه أو أصوله أو فروعه طبق هذا الحكم عن طريق القياس على حالتين لم ينص عليهما هما النصب وخيانة الأمانة.

#### ٢) الاستنتاج من باب أولى:

ويعني إثبات حكم واقعة متصوص عليها في واقعة لم ينص على حكمها لأن علة الحكم في الحالة غير المتصوص عليها والمراد استنباط حكم لها أقوى أي أكثر توافرًا من علة الحكم في الحالة التي ورد بها النص فإذا كان القانون الجنائي يعتبر تلبس الزوجة بالزنا ظرفًا مخففًا

لعقوبة الزوج إذا قتل زوجته المثلية فمن باب أول أن يكون الحكم كذلك إذا ضرب الزوج زوجته المثلية ضرباً مبرحاً وأصابها بجراح أو بعاة مستديمة.

### ٣) الاستنتاج من مفهوم المخالفة:

<sup>(١)</sup> ويعرف في فقه القانون بأنه إعطاء حالة غير منصوص عليها حكماً يكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها لاختلاف العلة في الحالتين أو لأن الحالة المنصوص عليها جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها. ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة (٦٢) من قانون العقوبات العراقي النافذ الإساءة جزائياً من أكرهته على ارتكاب الجريمة قوة مادية أو معنوية لم يستطع دفعها فعلة عدم المساءلة الجزائية هي ابتغاء البينة والاختيار أما إذا ثبت الاختيار وأقدم الشخص على ارتكاب الجريمة باختياره وجبت المساءلة الجزائية لانتفاء العلة. ومن الأمثلة على ذلك أيضاً حكم بيع الأموال المستقبلية في ظل القانون المدني المصري فقد حرم القانون بيع الحقوق في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه ولكنه لم يلغى على حكم بيع الشيء المستقبلي وقد جرى القضاء على جواز بيع الأشياء المستقبلية عند التركات المستقبلية بطريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة؛ لأن أفراد التعامل في تركة مستقبلية بالبطولان يفيد أن سائر الجزئيات الأخرى وهي بقية الأموال المستقبلية لا تشترك معها في الحكم.

أما علم أصول الفقه الإسلامي فقد عرفوه بأنه ثبوت نقيض حكم المنطوق به «وهي الحالة المنصوص على حكمها للمسكوت عنه» وهي الحالة التي يراد معرفة حكمها لعدم ورود نص بشأنها لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم والقيود المعتبرة في الحكم هي الشرط والصفة والغاية والعدد. فإذا علق الحكم على شرط ولم يتحقق الشرط في المسكوت عنه ثبت له نقيض حكم المنطوق به وكذلك الشأن لو انقض الوصف الذي افترق به حكم المنطوق به في الحالة المسكوت عن حكمها أو لم يتوافر فيها العدد الذي يقيد الحكم به إذا تقيد الحكم بغاية فثبت حكم بعدها نقيض ما ثبت قبلها. وتعني الغاية النهائية أي نهاية سريان الحكم وتثبت بحرفي (إلى وحتى) ومن الأمثلة على قيد الغاية قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ فمتطوق النص يفيد أن المطلقة طلاقاً دائماً بينونة كبرى تكون محرمة على مطلقها إلا أنها محل له عند تحقق الغاية وهي الزواج زواجاً صحيحاً من شخص آخر وانتهاء الزوجية الثانية بالطلاق أو بوفاة الزوج ولم نخوض في تفصيل موقف

(١) انظر أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون. السهوري وأبو سبت. ص ٢١٠.

علماء الأصول وضرب الأمثلة على القيود المشار إليها في هذا الكتاب المنهجي لأن محل تفصيل ذلك هو كتب علم أصول الفقه الإسلامي وينبغي على المفسر أن يكون حذراً في اللجوء إلى هذه الطريقة لما تنطوي عليه من خطورة لأن الحجة المنصوص على حكمها قد تكون مجرد واقعة تعتبر مثلاً وليس من المصلحة أو المنطق أن يجيء المفسر بحكم مخالف لما في كل حالة مسكوت عن حكمها وقد تنبه علماء أصول الفقه الإسلامي إلى خطورة هذه الطريقة فقيّدوا الأخذ بها<sup>(١)</sup> بشروط لا مجال لبيانها في هذا الكتاب المنهجي.

#### ٤) تقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد من بعضها

فإذا ساق المشرع عدداً من النصوص تتعلق بموضوع واحد كالحيازة أو المسؤولية مثلاً وشرح المفسر في تفسير أحدها وجب عليه أن ينظر إليها جميعاً نظراً شاملة دون أن يكتسب جهده عند نص واحد لأنه لو اقتصر في التفسير على نص واحد فإن من المحتمل أن يخالف بعض النصوص في الحكم البعض الآخر. ولذلك يجب على المفسر أن يجري مقارنة وتقریباً بين اللفظ الغامض في النص وبين غيره من اللفظ أو بين النصوص المتعارضة في أحكامها ذلك لأن قواعد التشريع لا تستقل عن بعضها وإنما ترتبط جميعاً برباط وثيق يضمها النظام القانوني. ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٢١٨) من القانون المدني العراقي: «يكون الأب ثم الجد ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير». وقد ورد لفظ الجد هنا مفقداً منصرفاً إلى كل من أب الأب وأب الأم. ولكننا لو رجعنا إلى المادة (١٠٢) من القانون نفسه فإننا نجد أنها تقيد بلفظ الجد بكونه الجد الصحيح وهو أب الأب إذ نصت على ما يلي: «ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه. ثم جده الصحيح» ففي هذين النصين ورد إطلاق وقيد للفظ الجد ولذلك ينبغي على المفسر أن يقرب بين النصين وقد جرى القضاء العراقي قبل صدور قانون<sup>(٢)</sup> رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ الذي غير في أحكام الولاية في المادة (٢٧) على أن المنصرف بالجد في المادة (٢١٨) هو الجد الصحيح وهو وحده دون أب الأم الذي يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي يحدثه الصغير إن لم يكن للصغير أب حي من طريق تقريب النصوص من بعضها.

(١) انظر خلاصة هذه الشروط في دلائل النصوص وطرق استنباط الأحكام، د. مصطفى الزبيدي ص ١٦٦.

(٢) فقد نصت المادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين على ما يلي «ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة».



### نطاق التفسير أو مدى حرية المفسر في التفسير:

لا يتمتع المفسر بنفس القدر من الحرية في تفسير مختلف النصوص وإنما تتقيد حريته بطبيعة القواعد القانونية التي يتولاها بالتفسير فقد يتمتع بحرية واسعة ويستعين بمختلف الوسائل للتوسع في القاعدة دون أن يتقيد باللفظ كالاستنتاج بطريق القياس والاستنتاج من باب أول والاستنتاج بطريق المخالفة وقد يستنتج بعض المبادئ العامة بطريق الاستقراء كما فعل القضاء الفرنسي الذي أنشأ مبدأ التراء بلا سبب عن هذا الطريق وقد يتوسع في مفهوم بعض التعابير القانونية فيمدها من معناها المادي إلى المعنى المعنوي كمصطلح «الشيء» وقد يرجع إلى المصلحة التي قصدها المشرع أو إلى حكمة التشريع وعلّة الحكم ويطبق النص على كل حالة مشابهة ويسمى هذا المنهج في التفسير بالتفسير الواسع وقد يلتزم المفسر بلفظ النص دون التوسع في تفسيره عن طريق القياس والاستنتاج إذا ارتبطت القاعدة بالمصالح الأساس للمجتمع ومقتضيات النظام العام وهذا ما يسمى بالتفسير الضيق.

إن المشرع يعتمد عادة إلى التفسير الواسع في نطاق القواعد القانونية التالية:

القواعد المكملة أو المفسرة للإرادة والقواعد التي تشتمل مبادئ عامة تقتضي المرونة في سيرها لتحقيق العدل والمصلحة كقاعدة عدم رجعية القانون وقاعدة حسن النية والقواعد التي لا تتناول الأوضاع القانونية بالتحديد الشامل الدقيق وإنما تكتفي بضرب الأمثلة كما يعتمد المشرع عادة إلى التفسير الضيق في نطاق القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والمصالح الأساس للمجتمع وهي القوانين الجنائية والقوانين المالية والقواعد الاستثنائية أي القواعد التي ترد على أحكام عامة وتضع استثناء أمن حكمها لأن الاستثناء يقدر بقدره ولا يجوز التوسع فيه.

### الفرع الخامس

#### إلغاء التشريع

##### معنى الإلغاء والحكمة منه:

يقصد بالإلغاء إنهاء العمل بالنص التشريعي ورفع قوته الملزمة وحكمة الإلغاء هي انتفاء المصلحة من العمل بتشريع سابق بالنظر لأن التشريع يهدف إلى تحقيق المصالح فإذا ثبت أن المصالح لا تتحقق في ظل تشريع ما يعد المشرع إلى إلغائه ويسمى الإلغاء نسخاً.

ويلاحظ أن الإلغاء لا يقتصر على التشريع وحده وإنما يمتد إلى المصادر الرسمية الأخرى للقانون كالعرف وإن كانت أهميته العملية تبرز بالنسبة للتشريع.

#### السلطة المختصة بالإلغاء:

تطبيقاً لمبدأ تدرج التشريع ولبدء العمل المضاد فإن النص لا يلغى إلا بتصريح يائله قوة أو يكون أقوى منه وإن كل عمل قانوني قائم ونافذ لا يلغى ولا يعدل إلا بعمل آخر يتعارض معه ويستوفي نفس الإجراءات التي اتبعت في إنشائه ولذلك فإن التشريع الفرعي يلغى بشريع فرعي آخر ويقانون أو بدستور كما أن التشريع الرئيسي أو القانون يلغى بقانون آخر وبدستور أما الدستور فلا يعدل إلا بمقتضى الإجراءات التي نص عليها ولا يلغى إلا بدستور آخر ولا يجوز أن يقع العكس فلا يمكن لتشريع فرعي أن يلغى قانوناً.

#### أنواع الإلغاء:

يبدو الإلغاء على نوعين أولهما: الإلغاء الصريح، وثانيهما: الإلغاء الضمني وستتكلم بإيجاز فيهما على التوالي:

#### الإلغاء الصريح:

ويعني إلغاء النص التشريعي بتصريح تشريعي آخر وهو ما يتحقق في الحالات الآتية:  
(١) أن يصدر تشريع يلغي تشريعاً سابقاً بتصريح صريح دون إحلال تشريع لاحق لعمل تشريع سابق.

(٢) أن يصدر تشريع لاحق يتعارض أحكامه أو بعض أحكامه مع أحكام تشريع سابق وينص المشرع صراحة في التشريع اللاحق على إلغاء ما يتعارض مع أحكامه كلياً أو جزئياً في تشريع أو تشريعات سابقة.

(٣) أن يصدر تشريع يلغى بالنص الصريح على سريانه مدة محددة أو في ظروف معينة وانقضت تلك المدة أو انتهت تلك الظروف فإن العمل به ينتهي عندئذ كالتشريعات التي تصدر إبان الحروب كقانون إعلان حالة الطوارئ أو قانون التسعيرة الجبرية في ظل ظروف اقتصادية تعجز إصدارها.

(٤) إذا لم يستوف التشريع شرطاً تطلبه الدستور، كحالة إصدار تشريعات في ظل ظروف اقتضت صدورها وتطلب الدستور عرضها على المجلس التشريعي خلال مدة معينة من تاريخ أول اجتماع له لإقرارها لم تعرض هذه التشريعات على المجلس في المدة المحددة لعرضها.

### الإلغاء الضمني:

ويقصد به إلغاء حكم تشريع سابق بتشريع لاحق دون أن ينص فيه على الإلغاء وذلك أمر يتحقق في الحالتين التاليتين.

(١) أن نفي أحكام التشريع اللاحق متعارضة مع أحكام التشريع السابق كلياً أو جزئياً ولم يرد في التشريع اللاحق نص بالإلغاء.

وجدير بالذكر أن التعارض بين بعض أحكام تشريعين لا يفيد دائماً إلغاء النص السابق بالنص اللاحق إلا إذا كان كلاهما من صفة واحدة كأن يكون كلاهما قد جاء بحكم عام أو محلي، كلاهما بحكم خاص، أما إذا اختلفت الصفة فينبغي أن يلاحظ أن النص اللاحق إذا كان عاماً والنص السابق إذا كان خاصاً فإن النص اللاحق لا يلغي النص الخاص السابق وإنما يظل حكم هذا النص قائماً بعد صدور النص اللاحق ويعتبر استثناءً من حكمه. فإذا صدر قانون مدني جديد ينظم عقد الإيجار فإنه لا يلغي أحكام قانون مراقبه إيجار العقار بل يظل القانون الأخير ساري المفعول ويعتبر استثناء يرد على أحكام القانون المدني أما إذا أضاف القانون اللاحق حكماً خاصاً يتعارض مع أحكام قانون سابق جاء بحكم عام فإن القانون اللاحق لا يلغي الأحكام العامة التي وردت في القانون السابق وإنما يقف إلى جواره ويعتبر استثناء منه يرد على الحالة التي تناولها بالذكر والتي تقتطع من الحالات التي يسري عليها مفعول القانون السابق. فقانون الخدمة الجامعية الصادر عام ١٩٧٨ المعدل جاء بحكم خاص تناول فئة من الجامعيين لم يبلغ حكم قانون الخدمة المدنية الذي يسري أحكامه على جميع الموظفين وإنما يعتبر استثناء منه في التطبيق.

(٢) أن يقوم الشرع اللاحق بإعادة تنظيم وضع قانوني تناوله تشريع سابق بالتنظيم ودون أن ينص على إلغاء التشريع القديم إذ يحل قواعد التشريع اللاحق محل جميع قواعد التشريع السابق وإن كانت بعض نصوصها لا تعارض في الأحكام تشريعه الجديد على أساس ومبادئ جديدة وأحله محل التشريع السابق جملة وتفصيلاً. فإذا صدر قانون ضمان اجتماعي جديد فإنه يحل محل قانون الضمان الاجتماعي السابق وإن لم ينص المشرع على إلغاء القانون السابق.

### **١١) أثر العرف وعدم الاستعمال في إلغاء التشريع:**

بعد عرضنا لصورتي الإلغاء بثور التساؤل حول إمكان إلغاء التشريع بالعرف وعدم الاستعمال في ظل الأنظمة القانونية التي تعتبر العرف مصدرًا رسميًا للقانون فهو يعتبر عدم استعمال التشريع فترة ما وعدم الاستعمال يبدو في صورة عرف سلبي سببًا لإلغاء التشريع. يرى جمهور الفقهاء وجانب كبير من القضاء عدم جواز إلغاء التشريع بقاعدة عرفية سلبية مفادها عدم استعمال التشريع فترة ما وذلك للأسباب الآتية:

(١) احترام التشريع والإقرار بشوقه على سائر المصادر الرسمية الأخرى الاعتباره بالنص الصريح المصدر الرسمي الأول وما سواه يعتبر مصدرًا احتياطيًا فلا يجوز أن يلغى بمصدر آخر للقانون أقل منه منزلة.

(٢) إن عدم استعمال التشريع قد ينسب إلى إهمال مقصود يكون إهماله المقصود سببًا للإلغاء.

(٣) قد ينسب عدم الاستعمال إلى جهل الناس بأحكامه والجهل بالتشريع لا يعتبر عذرًا.

(٤) قد تدق معرفة مدة الإهمال فيتعذر الإلزام بالوقت الذي بدأ فيه عدم الاستعمال ولذلك يمكن القول بأن عدم الاستعمال لا يلغي نصًا تشريعيًا وهذا ما قرره أغلب قوانين الدول المعاصرة مع ملاحظة أن العرف التجاري قد يلغي نصًا قانونيًا بسبب عدم الاستعمال إذا كان النص لا يتعلق بالنظام العام.

### **أثر الإلغاء:**

يؤدي إلغاء التشريع إلى إنهاء العمل به منذ وقت نفاذ التشريع الجديد ولذلك فإن الوقائع القانونية التي نشأت في ظل قانون سابق تظل خاضعة لأحكام القانون القديم إلا في الحالات التي سبق ذكرها في بحثنا في سريان القانون من حيث الزمان وبذلك تختلف أثر الإلغاء أو النسخ عن أثر الإبطال كإبطال قانون لعدم دستوريته ذلك لأن الحكم بإبطال قانون ما يجعله عندما لا يرتب أثرًا ويفتضي عدم العمل به وعدم سريان أحكامه على الوقائع والتصرفات التي لم يبت فيها في ظل القانون السابق.

(١) انظر سليمان مرقص المرجع السابق: ص ١٤٨.



## الفرع السادس

### التقنين

#### تعريف التقنين واختلافه عن التشريع الاعتيادي:

لا يعدو التقنين أن يكون تشريعاً يتصف بعزايه فهو من صنع سلطة عامة في الدولة تنشئ فيه قواعد قانون لفظاً ومعنى، وهو يسري على جميع أرجائها فيوثق الروابط بين أفرادها، ولكنه يختلف عن التشريع الاعتيادي من حيث شموله وغرضه ذلك لأن التشريع الاعتيادي يصدر لتناول مسألة معينة يذاتها كقانون الإصلاح الزراعي وقانون جامعة بغداد مثلاً أما التقنين فتجميع للقواعد التشريعية المختصة بفرع من فروع القانون يضم جميع المسائل المتعلقة به كالتقنين المدني والتقنين التجاري، وإذا كان التشريع الاعتيادي يعني قيام الدولة بسن قواعد قانونية ملزمة فإن التقنين يهدف إلى إصلاح الحياة القانونية في الدولة وتوحيدها عن طريق معاودة النظر في مجموع القواعد القانونية المتعلقة بأحد فروع القانون وإصدارها في وثيقة رسمية جامعة بعد تصفيتها وتعديلها واستكمال نفاذها وتنسيقها.

والتقنين كالتشريع يقيد معنيين فقد يقصد به الوثيقة الرسمية التي تصدرها السلطة التشريعية وجامعة للقواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون بعد تهذيبها وتنسيقها، وقد يراد به عملية تجميع هذه القواعد تجميعاً علمياً منطقياً وإصدارها من قبل السلطة التشريعية في وثيقة رسمية شاملة مبنية فيقال: أصدرت الدولة تقنيناً ويقال قامت الدولة بتقنين قوانينها ولمنع الخلط بين المعنيين يحسن إطلاق لفظ التقنين أو المدونة إذا أريد المعنى الأول وإطلاق لفظ عملية التقنين إذا أريد المعنى الثاني.

وعندي أن لفظ المدونة وهو ما أطلقه المجمع اللغوي في القاهرة على التقنين يحسن أن يطلق على الوثيقة الرسمية الجامعة للقواعد القانونية ليظل لفظ التقنين قاصراً على الدلالة على تجميع هذه القاعدة، أي على عملية التقنين في حد ذاتها.

ونظي عن الذكر أن التقنين في معنيه المشار إليها عمل رسمي من أعمال الدولة يصدر عن السلطة التشريعية فيها، أما ما يقوم به الأفراد أو الهيئات من تجميع غير رسمي للقواعد القانونية المتعلقة بأحد فروع القانون أو بعضها فلا يسمى تقنيناً بالمعنى الاصطلاحي الدقيق

وإن أطلق البعض عليه مصطلح المجموعة أو التقنين غير الرسمي كالمجموعات الثلاث التي أصدرها قدرى باشا جميعاً لأحكام الشريعة الإسلامية وهي كتاب الأحوال الشخصية وكتاب مرشد الخيران في معرفة أحوال الإنسان الذي اختص بقواعد المعاملات المالية. وقانون العدل والإنصاف الذي كان جميعاً لقواعد الوقف ذلك لأن هذا التجميع يعتبر عملاً فقهيًا صرفاً لا يصدق عليه وصف التقنين ولا يرقى إلى مرتبة التشريع الجامع. ويلاحظ أن التقنين لا يمكن أن يجمع بين كل القواعد القانونية المتعلقة بقصر من فروع القانون إذ ليس في وسع المشرع ذلك مهما بذل من جهد وإنها هو يضم أكثرها وتقوم إلى جانبه عادة قواعد أخرى لا يمتثلها التقنين.

### أهمية التقنين ومزاياه:

تعاظمت أهمية التقنين في وقتنا الحاضر. فهو فضلاً عما يتمتع به من مزايا التشريع السالف تفصيلها ينطوي على مزايا جليلة أخرى نوجز ذكرها فيما يلي:

(١) أن تجميع القواعد القانونية المتعلقة بقصر من فروع القانون في مدونة واحدة يؤدي إلى سهولة التعرف على القواعد القانونية ويوفر على الباحث كثيراً من المجهود في تفحص هذه القواعد.

(٢) أن تجميع القواعد القانونية في مدونة واحدة يضفي دقة الصياغة على ما تضمنه ويزيل الغموض عما تضمنته من القواعد المستمدة من مصادر غير التشريع ويضع ما اشتملت عليه من نصوص في مواضعه من حيث طبيعته القانونية ووفق ترتيب علمي منطقي.

(٣) أن تقنين القواعد القانونية يؤدي إلى تضادي التعارض في الأحكام وهو تعارض قد يكون ملحوظاً فيما بين القواعد القانونية المختلفة المتناثرة بين تشريعات متعددة قبل تقنينها.

(٤) أن تقنين قواعد القانون يؤدي في الغالب إلى تحقيق الوحدة القانونية في الدولة والوحدة القانونية من أفضل الوسائل لتحقيق الوحدة السياسية فيها.

(٥) إن تقنين القواعد القانونية فرصة ينتهزها المشرع لأقسام الأحكام واستمداد النظريات والمبادئ من القوانين الأجنبية الصالحة ابتغاء إصلاح الحياة القانونية في مجتمعه ومسايرة روح العصر ومقتضياته.

### عيوب التقنين ونقده بسببها والرد على النقد:

وجهت إلى التقنين جملة من الانتقادات بسبب الزعم أن ثمة عيوباً تشوبه أبرزها ما يأتي:

(١) قيل إن القانون حدث اجتماعي ينشأ بنشوء المجتمع ويتطور بتطور حاجاته وظروفه فهو وليد الحياة الاجتماعية وخلق البيئة وثمره التطور. وإن صوغه في نصوص تشريعية تتخذ صورة التقنين يطبع نصوصه بطابع الثبات ويسبغ على أحكامه صفة الجمود ويحول دون جاراته لمفاجآت المجتمع وظروفه المتطورة.

(٢) وقيل إن تقنين القانون لا يؤدي إلى جمود القانون في نصوصه فحسب وإنما يقضي إلى جمود تفسيره كذلك ذلك لأن حلوله محل القانون القديم في تنظيم العلاقات الاجتماعية واختياره أصلح القواعد لتنظيم هذه العلاقات وما يولده من اعتقاد بأنه المصدر الوحيد لجميع قواعد القانون يسوق الشراح إلى البحث عن نية المشرع الحقيقية وقت وضع التقنين والتفيد بالتفسير اللفظي الدقيق لكل نص ويدفع الشراح عند افتقاد النص لحكم مسألة ما إلى التحري عما كان يقصده المشرع وقت وضع التقنين.

(٣) وقيل كذلك أن التقنين لا يقسم في ثنائيات تعريفات لمعظم الأفكار القانونية الهامة التي يتناولها بالذكر كالغش ومبدأ حسن النية ولا يتناول أغلب الأوضاع القانونية التي يفصل أحكامها بالتقسيم والتصنيف الشامل الدقيق كالعقود مثلاً. وقد يقضي بموقفه هذا إلى غموض الفكرة وانقسام الرأي بصدد تحديدها وإلى تعدد الاتجاهات في التقسيم وتعدد حصصها. لقد تولى أنصار التقنين الرد على هذه الانتقادات أمام الانتقاد الأخير فليس بذي شأن إذ يعد سكوت المشرع عن التعريف أحياناً وعن التقسيم والتصنيف سلوكاً سليماً يعتمد عليه ذلك لأن تعريف الفكرة أو المبدأ قد يسبغ عليها الجمود الذي يجعل من المتعذر التوسع في تطبيقها توسعاً يقتضيه تطور ظروف المجتمع أما التقسيم والتصنيف فأمر يحسن بالمشرع إغفاله لصعوبة الإحاطة به ولتعلق مداه بالحياة العملية والحق أن التعريف والتقسيم مهمتان يحسن تركبهما إلى الفقه لينزل تحديدهما في ضوء حاجات المجتمع وأوضاعه.

#### أما الانتقادات الأخرى فقد رد عليهما بما يلي:

(١) أن ثبات التقنين لا يمتد إلا إلى فترة قصيرة تعقب صدوره. حيث تبدو أحكامه وافية بالحاجة لفسخامة الجهود العلمية التي بذلت في انتقاء الأصلح من القواعد القانونية لتدرج في ثنائيات غير أن هذه النهاية لا تلبث أن تنتزع منه بصورة تدريجية تبعاً لتطور المجتمع واختلاف حاجاته وقيمه فيهب القضاء لسد الثغرات عن طريق التفسير. حتى إذا مضت فترة كثرت فيها الثغرات وزاد التجويز والإضافة بادر المشرع إلى التدخل عن طريق مراجعة التقنين وتعديله

وقد يبدو التعديل في صورة تقنين جديد لبعض نصوصه مع إبقائها في موضعها منه. وقد يبدو في صورة تشريعات تصدر خارج نطاق التقنين حتى إذا تزايدت حالات تحويل التقنين عند المشرع إلى مراجعة التقنين بأكمله أخذًا بعين الاعتبار جميع ما جرى عليه من تحويل وما أضيف إليه من أحكام مستكملاً قصوره بما يستلزمه من أحكام ونظريات أجنبية ليصلز تقنيناً جديداً عند الاقتضاء.

(٢) إن التقنين غالباً ما يتعد عن مرق التفصيلات والجزئيات مقتضراً في نصوصه على المبادئ العامة والقواعد الكلية تاركاً أمر تفصيلها إلى القضاء. ويشمل القضاء ما ترك له المشرع من حرية في التفسير استنباط الأحكام الجزئية وتكييف النصوص وفقاً لمقتضيات الحياة العلمية وعليه فإن التقنين لا يمكن أن يوصف عندئذ بأنه يغطي إلى جمود القانون.

(٣) إن نصوص التقنين غالباً ما تكون مرنة في صياغتها بل ينبغي أن يكون التقنين مرناً في صياغته كي يكتب له الحياة المديدة، والصياغة المرنة لا تسبغ على القانونية صفة ثابتة ولا تعطيها حلاً واحداً لا يتغير بتغير الظروف الخاصة بكل حالة فردية تخضع لحكمها وإنما تيسر لها الاستجابة لمختلف ظروف العمل بها بالتعبير عن أحكامها تعبيراً لا يسلب من مطبقها سعة التقدير.

#### تاريخ حركة التقنين ومدى انتشارها:

عرف العراق القديم تجميعات لقواعد القانون أبرزها خمس شرائع هي شريعة أوروكاجينا أحد ملوك سلالة لكش الموضوعة عام ٢٣٥٥ ق. م وشريعة أورنمورا مؤسس سلالة أور الثالثة التي وضعت عام ٢١٠٠ ق. م وشريعة ليت عشتار أحد ملوك سلالة آيسن التي سنّها عام ١٩٣٤ ق. م وقانون أيشنونا الموضوعة في مطلع القرن التاسع عشر قبل الميلاد وشريعة حمورابي التي سنّها سنة ١٦٩٤ قبل الميلاد وهي أشهر الشرائع العراقية القديمة كلها عند الرومان إلى وضع الألواح الإثنى عشر في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد ومع ذلك فإن شرائع العراق القديم والألواح الإثنى عشر تعتبر تجميعات لقواعد القانون التي تسود مختلف حقول الحياة دون إمكان اعتبارها تقنيات بالمعنى الدقيق.

ويعتبر التقنين المدني الروماني المعروف باسم تقنين جستنيان الذي وضعه هذا الإمبراطور الروماني في منتصف القرن السادس بعد الميلاد أقدم تقنين بالمفهوم الدقيق للتقنين ثم غابت حركة التقنين عن مسرح الحياة القانونية حتى عادت إلى الظهور ثانية في مطلع القرن التاسع عشر



بصدور تقنيات نابليون وفي مقدمتها القانون المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤.

إن بزوغ حركة التقنين في فرنسا يعزى إلى سببين، أولهما: سيادة مذهب القانون الطبيعي في حفل الفكر القانوني، وثانيهما: قيام المدرسة العقلية التي تأسست على فكرة القانون الطبيعي. فقد ترتب على سيادة مذهب القانون الطبيعي القائل بوجود قواعد عامة خالدة لا تتأثر بعامل الزمان والمكان تكون مثلاً أعلى للقوانين الوضعية وينبغي على البشر الكشف عنها بمسؤولهم لصوغ أحكامها فيما يضعونه من قواعد قانونية ظهور الدعوة إلى تقنين القواعد الوضعية بتسجيلها في مدونة تحقيقاً لاستقرار الحياة القانونية وتوطيداً للنظام في المجتمع وأدى إلى أنكار التخوف من جمود القانون عندئذ لأنه بطبيعته ثابت وأبدي كما نتج عن رسوخ قدم المدرسة العقلية وقنند بشجيع حركة التقنين لأنها نادى بأن المشرع وإن كان هو من يسن التشريع إلا أنه لا يخلق القانون خلقاً وإنما يعمل عقله في تدبير أمور الكون ليكشف عن القواعد العامة الخالدة التي أودعها الطبيعة فيه.

وتعدت حركة التقنين فرنسا إلى الدول الأوروبية وكادت تغلح في ألمانيا لولا أن قاومها الفقيه تيبو أولاً والفيلسوف سافيني ثانياً مؤسس مدرسة التطور التاريخي اللذان قاوما حركة التقنين وأنكرا فكرة القانون الطبيعي فتأخر صدور التقنين المدني الألماني حتى أواخر القرن التاسع عشر. ولكن حركة التقنين نجحت وانتشرت في أكثر الدول الأوروبية على نحو قلما نجد دولة معاصرة باستثناء المجتمع الإنكلوسكسوني لم تعتمد إلى تقنين أكثر قوانينها.

ثم مرت حركة التقنين إلى العالم العربي فأقدمت مصر في أواخر القرن التاسع عشر على إصدار تقنينين مدنيين هما القانون المدني الأهلي والقانون المدني المختلط اللذين ظلا نافذين حتى عام ١٩٤٩ حين لغيا بصدور التقنين المصري القائم.

وتأثرت الدول العربية الأخرى عدا الدول التي لا تزال تعتبر الشريعة الإسلامية قانونها كالمملكة العربية السعودية بما فعلته مصر فعمدت إلى تقنين أكثر قوانينها ومنها العراق.

#### التقنين في العراق:

ورث العراق بعد تأسيس الدولة سنة ١٩٢١ جميع التقنيات العثمانية بحكم الواقع وبمقتضى معاهدة لوزان المعقودة سنة ١٩٢٣ وبموجب نص المادة (١١٣) من القانون الأساسي العراقي كما أن القوانين التي أصدرها القائد العام للقوات البريطانية قللت مساهمة المفعول طبقاً لحكم المادة (١١٤) من القانون الأساسي.

وقد أظهر العمل بالتقنيات العثمانية الموروثة كالمجلة وقانون التجارة البرية وقانون التجارة البحرية وقانون المحاكمات الحقوقية وغيرها. وبالقوانين التي أصدرها قائد القوات المحتلة قبل تأسيس الدولة كقوانين العقوبات البغدادية وقانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون الشركات كثيرًا من عيوب هذه القوانين. كما أن تطور المجتمع كشف عن قصورها في مجازاة متطلباته ولذلك اتجه التشريع إلى مراجعة بعضها مراجعة شاملة كما استقر الرأي على إلغاء البعض الآخر منها وإحلال تقنيات جديدة محلها تغييرها في أسسها ومصادرها. فبذلت جهود متصلة في هذا الشأن أسفرت عن صدور قوانين جديدة تؤكد ظهور ورواج حركة التقنين في العراق. نذكر فيما يلي أهمها.

(١) قانون التجارة رقم (٦٠) لسنة ١٩٤٣ الذي يم بصدوره إلغاء قانون التجارة البرية العثماني عددًا ما يتعلق منه بأحكام الإفلاس وقد ألغي هذا القانون بصدور قانون التجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ ثم ألغي هذا القانون ليحل محله قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

(٢) القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الذي نشر في الجريدة الرسمية في العدد (٢٠١٥) الصادر ١٨ أيلول لسنة ١٩٥١ والذي اعتبر نافذًا بعد سنتين من تاريخ نشره وبصدوره تم إلغاء مجلة الأحكام العدلية وبالنظر لما يكتنف هذا التقنين من عيوب فقد أعد مشروع تقنين مدني جديد سيأخذ طريقه إلى النفاذ قريبًا.

(٣) قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر عام ١٩٥٦ والذي ألغى بصدوره قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثمانية لسنة ١٨٨٠ وقد ألغي هذا التقنين بتقنين آخر أكثر منه إحاطة ودقة هو قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

(٤) قانون العقوبات (١١١) الصادر في ١٩ تموز سنة ١٩٦٩ والذي تم بإصداره إلغاء قانون العقوبات رقم العقوبات البغدادية وبالنظر إلى ما لوحظ وعمل هذا التقنين من قصور فقد أعد مشروع تقنين عقابي جديد تنتظر صدوره قريبًا.

(٥) قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ وقد تم بنفاذه إلغاء قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادية وقد جاء هذا القانون بأحكام ومبادئ جديدة تضاد بها فصوص القانون السابق.

(٦) قانون العمل رقم (١) لسنة ١٩٥٨ الذي عدل بعد ثورة الرابع عشر من تموز بقوانين متلاحقة اختتمت بصدور قانون العمل رقم (١٥١) لسنة ١٩٧٠ الذي اعتبر نافذًا في أول كانون الثاني عام ١٩٧١.

## المبحث الثاني

### العرف

إذا كان التشريع يعد المصدر الرسمي العام للقانون فإنه لا يحيط تنظيمياً بدقائق الحياة القانونية ولا يمدنا بجميع الحلول. ونقف إلى جانبه مصادر رسمية أخرى تعتبر مصادر احتياطية في مقدمتها العرف والدين مع ملاحظة أن الدين قد يعتبر مصدراً رسمياً أصلياً لبعض الروابط القانونية وسبباً كلامياً في المصادر الاحتياطية بالعرف؛ لأنه وفق الترتيب الذي جاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانوننا المدني يعتبر المصدر الرسمي الذي يلي التشريع من حيث الأهمية.

### التعريف بالعرف

#### معنى العرف:

إذا كان التشريع يعني الطريق المعتمد الذي تنفذ منه قواعد السلوك إلى حيز القانون الوضعي في صورة قواعد مكتوبة ملزمة تصوغها سلطة مختصة في الدولة. فإن العرف كمصدر رسمي للقانون هو طريق نفاذ قواعد السلوك إلى حيز التنفيذ في صورة قاعدة غير مكتوبة تحيـد ثمة اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية وتولد الشعور بضرورة الالتزام بها. غير أن مصطلح العرف كالتشريع والتفتين يقيد معنيين أولهما: المصدر الرسمي للقاعدة القانونية، وثانيهما: القاعدة القانونية في حد ذاتها فهو بمعنى الأول يعرف بأنه اعتياد الناس على سلوك معين في تنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بضرورة الالتزام بها وهو بمعنى الثاني يعرف بأنه: القاعدة القانونية التي اصطلاح الناس في سلوكهم على وضعها ودرجوا على اتباعها وساد الاعتقاد بأنها ملزمة. وتنشأ القاعدة العرفية بدافع الحاجة إلى تنظيم علاقة اجتماعية فإذا اصطلاح طرفا هذه العلاقة على حل لتظيمها أو احتكاما إلى شخص للفصل في نزاعها وقضى بحل له أقبل الناس على اتباع هذا الحل لتنظيم تلك الناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بدافع من حب التقليد متى شعروا بصلاحة وإذا اطرد التقليد على اتباعه نشأت عن أطراف التقليد عادة يستقر الناس على تصريف شؤونهم بمقتضاها حتى إذا مضى زمن على شيوع هذه العادة وثباتها تولد اعتقاد بضرورة الالتزام بها لتعطي العادة في طريقها إلى دائرة العرف. ومتى ساد الاعتقاد بأنها ملزمة

ولم يخالف نصاً تشريعياً أمراً ولم يخرق مقتضيات النظام العام وقواعد الآداب العامة دخلت في زمرة قواعد القانون عندئذ في صورة قاعدة عرفية وتقيدت المحاكم بتطبيقها.

#### أركان العرف:

يبدو مما تقدم أن قاعدة العرف تقوم على ركنين أولهما: ركن مادي هو المادة التي نشأت عن اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم علاقة ما وثانيهما: ركن معنوي هو توافر عنصر الإلزام في تلك العادة.

أما الركن المادي وهو نشوء عادة قانونية فيتطلب توافر الشروط الآتية:

(١) تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين الأشخاص في المجتمع وقيامها في دائرة معاملاتهم.

(٢) عموم العادة: أي أنه ينبغي أن تكون عامة من حيث الأشخاص الذين تتناولهم بالحكم فلا تقتصر في التطبيق على شخص أو أشخاص معينين بذواتهم وإنما توجه إليه بصفاتهم وإن تكون عامة في المكان الذي تنبع فيه بالطراد سواء شملت كل إقليم الدولة أو اقتضرت في التطبيق على جزء من إقليم الدولة.

(٣) قديم العادة: ويعني مضي زمن على نشوئها واطراد العمل بها مما يؤكد عمومها وثباتها ويدل على رسوخ أثرها في النفوس واطمئنان الناس إلى الحل الذي تقضه. وليست هناك مدة محددة في هذا الشأن وإن كان الرأي الغالب يشترط أن يبلغ من التقدم مدى ينس الناس بمضي تاريخ نشوئها. ومع ذلك فإن تحديد الزمن الذي يقتضيه قديمها أمر يخضع لتقدير القاضي ويتأثر القاضي في تقديره بطبيعة المعاملات التي تنشأ فيها العادة وتفاوت موضوعها ومدى تكرار العمل بها.

(٤) اطراد العادة: في تطبيقها وثباتها ويقصد بالاطراد اتباع العادة بصورة متواترة ومنتظمة أي تكرار تطبيقها على نسق واحد بحيث يتوافر لها عندئذ معنى الاستقرار ويقصد بالثبات اتباعها بصورة مستمرة أي بصورة غير متقطعة بحيث يتأكد وجودها فيكتفي وجودها إذا اتبعت فترة وعدل عنها بعدئذ.

(٥) معرفة الناس بالعادة وشيوع أمرها: ذلك لأن العادة تنشأ عن اصطلاح طرفين في علاقة قانونية على وضعها والسير بمقتضاها فترة من الزمن بصورة مطرودة ثابتة فحسب كما لا يكفي لاستقرارها وتوافر صفة الاطراد والثبات لها اتباعها من قبل عدد محدود من الناس



وإنما ينبغي أن يجري العمل بملئها من قبل أغلب المخاطبين بها، وهذا ما لا يمكن تحقيقه إلا إذا شاع وجودها بين الناس وأحاطوا علماً بمضمونها وانصرفوا إلى اتباعها عن يثنه واختيار.

٦) عدم مخالفة العادة في حكمها لنصوص الشريعة الأمرة لأن هذه القواعد الأمره تتعلق بكيان المجتمع ومصالحه العليا ولا يجوز للعادة أن تخالف مضمونها وإذا كان هذا هو الأصل إلا أن المشرع قد يرى في بعض الحالات وفي دائرة بعض فروع القانون التجاري أن القاعدة العرفية عملية كانت أم مهنية قد تبدوا أكثر ملائمة في التطبيق من النص التشريعي فيصوغ النص ولكنه يقر للقاعدة العرفية بالأفضلية في التطبيق عند التعارض.

٧) عدم مخالفة العادة للنظام العام والآداب العامة في المجتمع: وهو شرط يصبح تطلبه في العادة التي يتكون منها العرف المحلي أو المهني. أما العادة التي ينشأ عنها عرف شامل ينطبق على إقليم الدولة برمتة فلا يتصور أن تخالف قواعد النظام العام والآداب العامة لأنها تسهم عندئذ في تحديد مفهوم النظام العام والآداب العامة في الدولة.

#### أما الركن المعنوي في العرف:

فهو توافر عنصر الإزام في العادة وهو ما اصطلاح الشراح على تسميته ركن الاعتقاد بلزوم العادة ذلك لأن العادة لا تصبح عرفاً إلا إذا اعتقد الناس بأنها ملزمة وشعروا بها لها من قوة تقتضيهم اتباعها فتوافر الركن المادي لا يكفي لوجود العرف وإن نشأت العادة بتوافرها وإنما ينبغي أن يتحقق له الوجود المعنوي أو النفسي إلى جانب الوجود المادي فيستقر في روع الناس الاعتقاد بوجوب اتباع العادة باعتبارها قاعدة قانونية تقتضون بجزء مادي تفرضه السلطة العامة عند مخالفتها وبغير هذا الاعتقاد لا يوجد العرف باعتباره قانوناً ملزماً بل يقلل عادة يملك الأفراد مخالفتها دون التعرض للجزاء القانوني.

#### مزايا العرف وعيوبه:

يتمتع العرف بجملة من المزايا وتكتفه بعض العيوب والواقع أن مزاياه تقابل عيوب الشريعة كما أن عيوبه تقابل ما فصلناه من مزايا للشريعة وأبرز مزايا العرف ما يأتي:

- ١) أنه بعد تعبيراً صادقاً عما يرتضيه أفراد المجتمع في تنظيم علاقاتهم.
- ٢) أنه يتابع المجتمع في تطويره ويبدوا أكثر مرونة في مساهمة الأوضاع الاجتماعية من القانون المكتوب.

٣) أنه يسد نقص التشريع فيعتبر مصدرًا للقانون مكملًا له ويعاونه في التنظيم فيحكم ما أحال التشريع إليه حكمه.

أما عيوب العرف التي أدت إلى تدلي منزلته وثقوق التشريع عليه فاهمها ما يأتي:

١) أنه يعجز عن تحقيق تغير عاجل في القانون لاراكبة سرعة تطور المجتمع في بعض نواحي حياته بسبب بطء تكوينه.

٢) أنه يؤدي إلى خضوع وحدة القانون في الدولة بسبب ضيق نطاق تطبيقه؛ ذلك لأن العرف غالبًا ما يكون محليًا أو مهنيًا ويندر أن يعم الدولة بأسرها.

٣) أنه لا يضمن ما ينبغي أن يحققه القانون في المجتمع من نظام وطيء وتعامل مستقر بسبب غموض قواعده وصعوبة التثبت من وجودها والتحقق من مضمونها ذلك لأن قواعد العرف فضلًا عن بطء تكوينها تقتصر على إنشاء مضمون القاعدة القانونية فقط وتفتقد الصياغة المحكمة التي تدرج فيها قواعد التشريع لتكفل التعرف على الحقوق والواجبات وتضمن استقرار التعامل.

#### أنواع قواعد العرف:

يبدو العرف على ثلاثة أنواع من حيث نطاق تطبيقه كما يظهر في صورتين من حيث قوته الملزمة.

أما من حيث نطاق تطبيقه فقد يكون العرف شاملًا أو محليًا أو مهنيًا والعرف الشامل هو ما يعم الدولة بأسرها كالقاعدة العرفية التي تقضي باعتبار أثاث المنزل ملكًا للزوجة بين المسلمين في مصر والقاعدة العرفية التي تقضي بحق الزوجة في أن تسمى بلفظ زوجها في بعض الدول الأجنبية.

وأما العرف المحلي فهو ما يسود إقليمًا من أقاليم الدولة أو مدينة من مدنها أو منطقة في مدينة كبيرة منها. ومن الأمثلة عليه القواعد العرفية العشائرية في العراق والقواعد التي تحكم حقوق الارتفاق في الملكية الزراعية والقاعدة التي تقضي بدفع ينشيش بنسبة معينة من الحساب للخدمة في الفنادق والمحلات العامة أما العرف المهني فهو ما يقوم في حرفة أو مهنة معينة بالأعراف التي تنشأ في أوساط العمل والأعراف التجارية والزراعية ومن الأمثلة على العرف التجاري العرف القاضي بجواز تقاضي الفوائد المركبة واحتساب الفوائد من تاريخ الخصم والإضافة في الحساب الجاري وجواز تعدي الفائدة للسعر القانوني الذي حدده لمصر

ويلاحظ أن العرف الشامل إذا تعارض في الحكم مع عرف محلي كانت الغلبة في التطبيق للعرف المحلي لأنه أكثر تخصصاً.

أما من حيث القوة الملزمة، فقواعد العرف كقواعد التشريع منها ما يمكن أمراً ومنها ما يكون مكملاً أو مفسراً وقواعد العرف الأمرة هي القواعد التي لا يجوز الاتفاق على استبعادها سواء كان العرف شاملاً أو محلياً أو مهنيّاً ويتبني تطبيقها عند افتقار النص التشريعي، إلا إذا نص المشرع على أفضليتها في التطبيق على التشريع بالرغم من وجوده ومن الأمثلة على قواعد العرف الأمرة بعض الأعراف التجارية وحق الزوجة في فرنسا بالتسمية باسم زوجها أما القواعد العرفية المكملة أو المفسرة فقواعد يجوز الاتفاق على ما يخالفها من الأمثلة عليها العرف الذي يلزم مشري المتجر الإعلان عن شرائه وعدم الثمن قبل انقضاء مدة مناسبة على الإعلان تتيح لدائني البائع فرصة الاعتراض.

#### التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية:

يقع الخلط كثيراً بين العرف وبين العادة وقد ساعد على وقوع هذا الخلط عدم التمييز بينهما من قبل الفقه الإسلامي وذكرهما كمترادفين في كثير من النصوص التشريعية من قبل المشرع الوضعي كالمشرع العراقي والمصري. ومع ذلك فإن الفقه العربي المعاصر يجمع على وجوب التمييز بينهما، ويتخذ من عنصر الإلزام معياراً لهذا التمييز فالعرف يقوم على عادة أكتسبت الوجود المادي. وعلى اعتقاد بقوته الملزمة أضفى وجوداً معنوياً يتأصل في النفوس فتوافقه الركنان المادي والمعنوي معاً وأضحى قاعدة قانونية ملزمة أما العادة فتوافر فيها الركن المادي فقط ولكنها تفقد الركن المعنوي وإذا كانت تطرد في العمل فإن الناس يتبعونها بمحض اختيارهم دون أن يتعرضوا للجزاء عند مخالفتها وقد أخذ كل من المشرع العراقي والمصري بهذا المعيار للفرقة بينهما فذكر العرف دون العادة كمصدر رسمي للقانون وإذا كانت العادة تخلو من عنصر الإلزام ولا تعتبر في ذاتها قانوناً إلا أنها قد تكتسب القوة الملزمة متى اتفق العاقدان على اتباعها سواء كان الاتفاق صريحاً أو ضمناً يستخلص من ظروف التعاقد والتعامل السابق وهي عندئذ تستمد قوتها الملزمة لا من ذاتها ولكن من اتفاق الطرفين على الالتزام بها وفيما عدا ذلك لا تعدى قيمة الاتفاقات العادية لأنها تعتبر جزءاً من العقد الذي تم بين الطرفين ولذلك جرى الاصطلاح على تسميتها بإعادة الاتفاقية. إذا كان الأصل أن العادة الاتفاقية تستمد قوتها من اتفاق الطرفين على اتباعها إلا أنها قد

تستند قوتها الملزمة من إحالة المشرع إليها بنص تشريعي. وعندئذ تصبح واجبة الاتباع فترقى مرتبة العرف المكمل وتكون لها قوة قواعد القانون المكمل والمفسرة للإرادة وترتب على ثبوت الصفة القانونية لقواعد العرف وانتفاؤها من العادات الاتفاقية النتائج الآتية في ضوء ما استقر عليه الفقه والقضاء المعاصران.

(١) يطبق القاضي العرف من تلقاء نفسه عل ما يعرض عليه من نزاع وإن لم يتمسك به أحد الطرفين باعتبار العرف قانوناً يجب على القاضي تطبيقه أما العادة الاتفاقية فتعتبر شرطاً في العقد أو قتل إرادة مفروضة للطرفين ولذلك ينبغي على صاحب المصلحة من الخصوم في الدعوى التمسك بها حتى يقوم القاضي.

(٢) يلزم العرف المتعاقدين بأحكامه سواء كانوا على علم بها أو كانوا يجهلون بها. أما العادة الاتفاقية فإن تطبيقها يقيم على أساس انصراف إرادة الطرفين إلى الأخذ بها فإذا جهل الطرفان أحكامها أو جهلها أحدهما امتنع تطبيقها.

(٣) يجب على القاضي أن يتحرى وجود العرف بنفسه فإن لم يتقنع عند التحري بوجوده قضى بعدم ثبوته لديه. أما العادة الاتفاقية فتفرض على من يدعيها واجب عبء إثباتها.

(٤) يخضع تطبيق العرف من حيث الثبوت من تواتر عنصرية وسلامة تطبيقه لرقابة محكمة التمييز أما العادة الاتفاقية فلا رقابة لمحكمة التمييز عل قضاء قاضي الموضوع بشأن وجودها وتطبيقها.

(٥) قد يبلغ العرف التجاري درجة من القوة يستطيع بها أن يغلب على نص مخالف له وقد ينص المشرع على تغليب حكم العرف على حكم النص التشريعي في حالات معينة عند تعارضهما أما العادة الاتفاقية فلا تعد قاعدة قانونية وإن كانت عادة تجارية ولا نستطيع بطبيعة الحال أن نلغي قانوناً أو نقصل نصاً تشريعياً في التطبيق.

#### منزلة العرف في فروع القانون ودوره في الحياة القانونية:

تتفاوت منزلة العرف باختلاف فروع القانون فهو يمارس دوراً هاماً في بعضها ويتعدم أثره في بعضها الآخر ويلعب دوراً متفاوت بتفاوت الأنظمة القانونية في فروع قانونية أخرى. فهو يمارس دوراً هاماً في دائرة كل من القانون الدولي العام والقانون الدستوري والقانون التجاري فالأعراف الدولية تعتبر مصدراً هاماً لقواعد القانون الدولي العام والعرف الدستوري يعتبر المصدر الفردي للدستور العرفي كما يعتبر في كثير من الدول مصدراً مكملًا



لقواعد الدستور المكتوب وتعتبر الأعراف التجارية مصدرًا هامًا لقواعد القانون التجاري وقد يطلب بعض المشرعين العرف التجاري على نص آخر ولا أثر للعرف في بعض فروع القانون كالقانون المالي والقانون الجنائي وقوانين الإجراءات كأصول المحاكمات الجزائية وقوانين المرافعات المدنية والتجارية لأن التشريع هو المصدر الوحيد لكل من القانون المالي والجنائي ولأن النصوص التشريعية هي المصدر الفردي لقواعد الإجراءات جنائية أو مدنية أو تجارية.

ويارس العرف دورا تتفاوت أهميته بتفاوت الأنظمة القانونية في فروع القانون الأخرى كالقانون المدني والقانون الإداري وقانون العمل ذلك لأن العرف قد يعتبر مصدرًا رسميًا للقانون المدني كما هو شأنه في القوانين المدنية العربية المعاصرة وفي كثير من القوانين المدنية الغربية ويأخذ القضاء الإداري وهو مصدر هام من مصادر القانون الإداري العرف بعين الاعتبار في كثير من الحالات وللعرف أثر في دائرة قوانين العمل ولكن أثره يتفاوت بتفاوت مدى استيعاب النصوص التشريعية للحلول القانونية.

وإذا اعتبر العرف مصدرًا رسميًا للقانون فإنه يارس في ظل القانون المدني العراقي القائم دورين: أولها دور المكمل للتشريع ويعني وجوب رجوع القاضي إليه والحكم بمقتضاه عند افتقاد النص ووجود عرف اكتمل فيه ركناه المادي والمعنوي وكثيرًا ما يرجع القضاء إليه لسد نقائص التشريع وثانيها دور المساعد للتشريع فقد تحيل النصوص إليه تنظيم مسائل معينة أو يلجأ إليه لضبط معيار أو يستعان به لتفسير نية المتعاقدين تقديرًا من المشرع بأن العرف أقدر من التشريع على الوفاء بالغرض الذي يشده.

### المبحث الثالث

#### مبادئ الشريعة الإسلامية

دور الشريعة الإسلامية في الحياة القانونية في المجتمع الإسلامي عبر التاريخ:  
ظلت الشريعة الإسلامية القانون المعمول به في البلاد الإسلامية كافة منذ فجر الإسلام حتى الربع الثالث من القرن التاسع عشر فكانت تفي بحكم جميع العلاقات القانونية لأنها نظام قانوني كامل جمع بين مبادئ الدين والأخلاق وأسس النظام والقانون وضم إلى جانب التشريع الإلهي من كتاب كريم وسنة شريفة ما استنبطه المجتهدون من أحكام من نصوص الشريعة وروحها مما شهدت له بالحجة فأضحى تشريعاً إلهياً من حيث مصدره وتشريعاً وضعياً من حيث ما بذل من جهد في استنباطه من أصوله.

ثم بدأت فترة تميزت بانكماش نفوذ الشريعة الإسلامية في حقل القانون بدأها الاحتلال الفرنسي لأجزاء من المجتمع الإسلامي في شمال أفريقيا وأعقبها أقدام محمد علي باشا في مصر على اقتباس كثير من أحكام القانون الفرنسي لاسيما ما يتعلق منها بالتجارة والعقوبات وأصدرها في تشريعات خاصة وتلاها لجوء الدولة العثمانية إلى سن طائفة من القوانين الوضعية استمدت أحكامها من قوانين الغرب وفي مقدمتها القانون الفرنسي بتأثير من دوافع شتى منها ضعفها وضغط الدول الأجنبية عليها ومنها كثرة الجاليات الأجنبية فيها ومنها تقديرها بأن الشريعة الإسلامية لم تعد وفيه بالأحكام في المجتمع المعاصر. فوضعت قانون التجارة وقانون الجزاء وقانون تنظيم أحكام الأراضي وقانون أصول المحاكمات الحقوقية وغيرها.

ومع ذلك فقد بقيت الشريعة القانون المعمول به في حقل العلاقات المدنية روابطه أسره كانت أو معاملات مالية والمصدر الرسمي المفرد لقواعدها غير أن نفوذ الشريعة ما لبث أن زاد انكماشاً وأخذ دورها يقلص في دائرة القانون المدني فأقدمت الدولة العثمانية بدافع من حرصها على الحفاظ على مقام الشريعة في نطاق القانون المدني وعلى تجنب ما قد يتعرض له من ضغط أجنبي قد يؤدي إلى إلزامها على سن قانون تقتبس أحكامه من قوانين الغرب على من قانون وضعي يحكم المعاملات المالية استمدت أحكامه من الفقه الإسلامي وحده بصورة عامة ومن الفقه الحنفي بصورة خاصة فوضعت مجلة الأحكام العدلية عام ١٨٧٦ م (١٢٩٣ هـ) لتكون القانون المدني الذي ينظم هذه المعاملات تاركة مسائل الأحوال

الشخصية لتحكمها الشريعة الإسلامية مباشرة كما كانت من قبل. وبذلك أصبحت المجلة القانون المدني المعمول به في أرجاء الدولة العثمانية عدداً من مصادر التي سنت تقنين في أواخر القرن التاسع عشر هما القانون المدني الأهلي والقانون المدني المختلط واقتبست كثير من أحكامها من القانون المدني الفرنسي ونسخت ما يقبلها من أحكام الشريعة الإسلامية ولكن الشريعة الإسلامية بقيت المصدر الرسمي للفرد للأحوال الشخصية غير أن هذا الوضع لم يدم طويلاً إذ عمدت كثير من الدول الإسلامية إلى سن قوانين وضعية للأحوال الشخصية أو إلى سن طائفة من التشريعات تحكم بعض مسائلها كقانون الأحوال الشخصية السوري الصادر سنة ١٩٥٣ وقانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل الصادر سنة ١٩٥٩ وبعض التشريعات التي صدرت في مصر لتحكم كثيراً من مسائل الأحوال الشخصية.

وبذلك ازداد دور الشريعة الإسلامية تقلصاً إذ أصبحت المصدر التاريخي للقانون المدني كما أصبحت المصدر التاريخي في كثير من البلاد الإسلامية للأحوال الشخصية وإن ظلت المصدر الرسمي لمسائل الأحوال الشخصية التي فاق التشريع حكمها ولكنها بقيت مصدراً رسمياً للقانون المدني روابط أسرية أو معاملات مالية في بعض الدول الإسلامية كالمملكة العربية السعودية التي لم تصدر بعد تقنينات في هذا المجال.

**دور الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون العراقي في الوقت الحاضر:**  
يفتقر أثر الشريعة الإسلامية في الحياة القانونية في العراق على حقلين من حقول القانون هما الأحوال الشخصية والأحوال العينية أو المعاملات المالية.

ويقصد بالأحوال الشخصية مجموعة القواعد التي تحكم روابط الفرد بأسرته من زواج وما يترفع عنه كالخضاعة والنسب والطلاق والتفريق والعدة والنفقة وما يتصل به كالميراث والوصية والوقف والقواعد التي تحدد الشخصية تنظم نشاطها كقواعد الأهلية تحكم تميزاتها من اسم ومواطن وحالة سواء كانت حالة سياسية وهي الجنسية أو عائلية وهي القرابة أو حالة دينية وتعتبر الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي للفرد لقانون الأحوال الشخصية والمصدر الرسمي لما فاق التشريع من أحكام وذلك طبقاً لما نص عليه قانون الأحوال الشخصية المعدل سنة ١٩٥٩ فقد نصت مادته الأولى على ما يأتي.

(١) تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تناولها الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون.

٢) إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لتصوص هذا القانون.

وما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الثانية بقولها (تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا من استثني منهم بقانون خاص).

أما الأحوال العينية أو المعاملات المالية فيراد بها القواعد التي تنظم الروابط المتعلقة بالنشاط المالي للشخص فتحدد معنى المال وأنواعه وتعني بحكم الحقوق التي ترد عليه من حقوق عينية وشخصية ومعنوية وتخضع الأحوال العينية في العراق لحكم القانون المدني دون الأحوال الشخصية أسوة بالقوانين المدنية في البلاد العربية وعلافاً للقوانين المدنية الغربية التي تحكم الأحوال الشخصية والأحوال العينية معاً.

وتعتبر الشريعة الإسلامية أهم مصدرين تاريخيين للتقنين المدني العراقي وثانيهما هو القانون المدني المصري كما تعتبر المصدر الرسمي الثالث لقواعد القانون المدني طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين والتي جاء فيه فيها ما يلي:

(فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فيقتضي مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لتصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فيقتضي قواعد العدالة).

وأرى أن من المستحسن توضيحاً للنص سوق الملاحظات الآتية:

أولاً: ذكر المشرع في نصه مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية وقد أراد من ذلك المبادئ المستقرة في الفقه الإسلامي. لأن الشريعة الإسلامية تضم أحكاماً اعتيادية وأحكاماً وجدانية وأحكاماً عملية والمقصود بالأحكام العملية الأحكام المنظمة للروابط الاجتماعية ويعتبر الفقه الإسلامي وهو علم من علوم الشريعة الإسلامية العلم المشوافر على تنظيم الروابط الاجتماعية وهو لذلك يقابل القانون الوضعي في وظيفته ونطاقه ولما كان الفقه الإسلامي يحكم العبادات كما يحكم المعاملات فإن المراد بمبادئ الشريعة الإسلامية في النص المبادئ التي تحكم المعاملات وذلك لأن القانون المدني لا يعبأ بحكم العبادات. وإذا كان الفقه الإسلامي يضم ما استقر عليه الفقه من قواعد كلية وأحكاماً جزئية فإن المراد بمبادئ الشريعة الإسلامية هي القواعد الكلية التي أقرها الفقه الإسلامي أو الرأي الغالب فيه.

أما الأحكام الجزئية فقد اختلفت مذاهب الفقه الإسلامي حياها وبالتالي فإن المشرع العراقي لم يقصد في نصه الرجوع إلى الأحكام الجزئية أو الفرعية في الفقه الإسلامي وإنما



قصد الرجوع إلى المبادئ العامة أو القواعد الكلية التي لا نجد خلافا ملحوظا في الفقه الإسلامي بشأنها.

ثانياً: اعتبر المشرع قواعد الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً للقانون يلي العرف في الترتيب وقد خيل فليعض أن هذا الترتيب يعكس مكانة الشريعة الإسلامية ويغض من قيمتها في الحياة القانونية والواقع أن هذا الظن بعيد عن جادة الصواب. فقد جعل المشرع من قواعد الشريعة المصدر التاريخي الأول والأهم لتقنيته وتلقف منها كثيراً من أحكامه وقد كان في مقدوره وهو ما يقتضيه منطق الاقتباس أن يقيس على ما لم يقتبس منها في عدد المصادر التفسيرية غير أنه لم يشأ إلا التأكيد على قيمتها فصاغ كثيراً من أحكامها في تقنيته واعتبر ما لم يدرجه في قواعده الرضعية من أحكامها العملية مصدراً رسمياً احتياطياً.

ثالثاً: حددت الفقرة الثانية قواعد الشريعة الإسلامية التي تعتبر مصدراً رسمياً ثالثاً للقانون بأنها مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لخصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين. وقد كان الدافع إلى تقيدها (بأكثر ملاءمة) الرغبة في تحقيق التسيق في الأحكام لاحتمال تعارض بعض مبادئ الشريعة الإسلامية مع القانون كما أن عدم تقيدها بمذهب معين ينطوي على التأكيد بأن المبادئ الشرعية العامة وهي ما يعيل إليها النص العراقي ليست محل خلاف بين مذاهب المسلمين وهذا ما يؤكد ملاحظتنا الأولى.

والواقع أن تأثير الشريعة الإسلامية يقتصر على الأحوال الشخصية والعينية ويحصر في دائرتي قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني الذي يحكم الأحوال العينية أو المعاملات المالية. ولا نجد تأثيراً للشريعة الإسلامية في نطاق القوانين الأخرى لأن قواعدها مستمدة من مصادر أخرى وروابطها يحكمها التشريع ومصادر مكملة له ليس من بينها مبادئ الشريعة.

## المبحث الرابع

### قواعد العدالة

#### تمهيد :

سبق وإن حددنا معنى قواعد العدالة وتبيننا خصائصها ووجوب الاختلاف بينها وبين قواعد القانون وحسبنا في هذا المبحث أن نكشف مدى أهمية قواعد العدالة في الحياة القانونية في المجتمعين القديم والمعاصر وإن تبين مكانها بين مصادر القانون في وقتنا الحاضر.

#### أهمية قواعد العدالة في الحياة القانونية في المجتمع القديم :

لعبت قواعد العدالة دورًا هامًا في تطوير القانون فقد هذبت قواعد القانون الروماني القديم بالتخفيف من صرامة أحكامه وعجزه من كثير من شكلياته واقتربت بفكرتي القانون الطبيعي وقانون الشعوب عند الرومان. وكانت مصدرًا للأحكام التي تبصمتها المنشورات القضائية كما أثمرت في خلق جملة من المبادئ التي عملت على تطور القانون الروماني منها مبدأ حسن النية في العقود ومنع الإثراء غير المشروع وتغليب فكرة القرابة الطبيعية القائمة على النسب على فكرة القرابة الاصطناعية القائمة على الخضوع لسيادة رب الأسرة.

وقد أقام عليها فقهاء المسلمين بعض المبادئ التي اعتبرت من الأدلة الشرعية وشهدت لها الشرعية الإسلامية بالحجية وفي مقدمتها مبدأ الاستحسان كما أثمرت في القانون الكنسي فأشاعت في ثناياه روح الإنصاف وأثرها في القانون الإنكليزي فجلى في بروز مبادئ العدالة كند للقانون العمومي وفي نشوء محاكم العدالة التي تولت تطبيقها وكان من نتائج مبادئ العدالة في القانون الإنكليزي ظهور نظام الترسن الشبه بنظام أوقاف الخيري في الإسلام والتأكيد على مبدأ حسن النية والتوسع في مفهوم الغش وفكره شبه انعقد والتخفيف من سيطرة الزوج على الزوجة والتلطيف من شدة أحكام القانون العمومي وقد ظلت مبادئ العدالة في صراع مع مبادئ القانون العمومي الإنكليزي في التطبيق.

حتى كتبت لنا الفلبة بمقتضى قانون التقاضي الذي صدر سنة ١٨٧٣ قبل أن يتم توحيد القانون والقضاء الإنكليزيين في أواخر القرن التاسع عشر

### أهمية قواعد العدالة في القوانين المعاصرة:

يبدو أثر قواعد العدالة في النماذج سبقت الإشارة إليها أولها: أنها تلهم المشرع طائفة من أحكام ما يستلزم من قواعد ذلك لأن على المشرع باعتباره الأخذ بيد مجتمعه في طريق الإصلاح والتقدم والعمل على إشاعة روح الخير والعدل في الحياة القانونية أن يشبع بروح الإنصاف في وضع الأحكام وإن يهدف إلى السمو بالتنظيم الاجتماعي فيها شرعه وهو إذا ما التفت صوب قواعد العدالة فستلهمه ما ينبغي أن يفعل ومستحسنة على السير بقانونه قدما في طريق الكمال.

وثانيها: أن المشرع غالبا ما يحيل القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أو إلى قواعد العدالة فقط إذا افتقد القاعدة القانونية في المصادر الرسمية المعروفة للقانون للبحث في النزاع المطروح أمامه. كي يحول دون تكوله عن القضاء بحجة عدم وجود قاعدة يستنبط منها حكمه. وقد نص على ذلك كل من المشرع العراقي والمشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة الأولى من تقييدها المدنيين.

ومع أن هذه القواعد ليست واضحة المعالم بين المدلول إلا أن على القاضي أن يجتهد برأيه لحسم النزاع وفق ما يقتضيه الشعور بالإنصاف من تقرير العدل بين الناس وعلى القاضي في رجوعه إليها واجتهاده أن يصدر عن اعتبارات موضوعية لا عن اعتقاده الذاتي فلا يحق له أن ينسج حكمه على أفكاره الخاصة أو أن يعطي ما كان يضعه من القواعد أو أن يبطئ به تشريعها وإلا أصبح مشرعا ومع ذلك فإن هذا الرأي وإن كان هو السائد إلا أنه ينطوي في نظرنا على مغالاة لأن القاضي إذا أقام حكمه على رأيه الشخصي لن يضع عندئذ قاعدة عامة كي يوصف بأنه أضحى مشرعا وهذا مالا يجوز وإنما يقتصر في اجتهاده على وضع حل خاص لنزاع خاص معروف عليه دون أن يخرج عن حدود وظيفته وعلى العموم فإن على القاضي أن يتأثر في حكمه بالاعتبارات الموضوعية التي تحيط بمجمعه وإن يسترشد بالمبادئ الأساس للقانون التي تستنبط منها القواعد التفصيلية سواء كانت المبادئ العامة التي تركز عليها تشريعات بلاده أو المبادئ المشتركة بين قوانين الأمم المختلفة التي يسهل التعرف عليها عن طريق الإعلام بأحكام القانون المقارن والاتفاقات الدولية.

وقد كان لتأثير قواعد العدالة في حقل القضاء يد طولى في تطور القانون المعاصر فقد عمل القضاء عن طريق الاجتهاد وغياب المصادر الرسمية للقانون على تلافي قصور التشريع وسد ثغائره بتقرير عدد من النظريات والأحكام العادلة كنظرية تحمل التبعة وأحكام المسؤولية التصديرية المبنية على خطأ مفروض قابل لإثبات العكس أو غير قابل له وأحكام الملكية الأدبية والفنية والصناعية قبل أن يتولى المشرعون أغلب هذه النظريات والأحكام بالإقرار والحماية ووضعها في نصوص تشريعية.





## الفصل الخامس

### المصادر التفسيرية أو المصادر غير الرسمية

#### تمهيد:

نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني العراقي على ما يأتي (وسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) ومفاد هذا النص الذي أعقب بيان المصادر الرسمية للقانون في الفقرة الثانية من المادة نفسها.

أن القضاء والفقه يعتبران من العناصر التي تسترشد بها المحاكم في استخلاص قواعد القانون وتحديد مفهومها وأنها مصدران تفسيريان للقانون العراقي لا تتوافر طلياً فبوة إلزام تفرض اتباع أحكامها وقد سبق أن عرفنا المصدر التفسيري بقولنا: إنه المرجع الذي يستعان به في إزالة غموض القاعدة القانونية واستكمال نقائصها والذي يسترشد به القاضي من تفصي مفهوم القواعد التي يستخلصها من المصادر الرسمية دون أن تكون له قوة إلزام.

ويلاحظ أن هذين المصدرين القضاء والفقه مصدران متكاملان يكمل ويُسند أحدهما الآخر فيسترشد القاضي بأراء الفقيه التي تتعلق بالقانون الأمثل ويستعين الفقيه بتجارب القاضي في مسأله مقتضيات الحياة وواقعها وإذا كان كل من الفقه والقضاء يعتبر مصدرًا تفسيريًا لقانوننا إلا أنها لعبا وبلغيان دور أهم من ذلك في الحياة القانونية في مجتمعات أخرى.

واقع أن منزلتيهما في الحياة القانونية تأثرت وتنازلت بتفاوت الأزمنة وثباين المجتمعات ولذلك يحسن بنا بعد تحديد معنى كل منهما أن نعرض بالبيان دوريهما في الحياة القانونية في طائفة من المجتمعات القديمة والحديثة ذلك لأن دراسة كل من الفقه والقضاء في المجتمع القديم تعتبر من الموضوعات الرئيسة في كل من مادة تاريخ القانون والقانون الروماني ومادة المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية كما أن دور الفقه والقضاء يستقر في دائرة المصادر التفسيرية للقانون في المجتمع المعاصر باستثناء المجتمع الإنكلوسكسوني الذي يرقى فيه القضاء إلى مرتبة المصادر الرسمية.

ولذلك يجمل بنا أن نوزع هذا البحث الوجيه على مبحثين نقرء أولهما للقضاء وتخصص ثانيهما للفقه.

## المبحث الأول

### القضاء

معنى القضاء: يقيد لفظ القضاء ثلاثة معانٍ فقد يعني مجموعة المحاكم الموجودة في دولة معينة وقد يراد به مجموعة الأحكام التي تصدرها المحاكم وقد يقصد به مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار المحاكم على اتباعها والحكم بمقتضاها وما يعنيه لفظ القضاء في بحثنا هذا هو المعنى الثالث فحسب.

إن هذه المبادئ التي يعيها لفظ القضاء لا تنشأ إلا حيث يكون حكم القانون على واقعه معينة محل خلاف فتستخلص هذه المبادئ من استقرار أحكام المحاكم على اتجاه معين في الفصل في هذا الخلاف القانوني أما حيث يخلو حكم القانون على واقعه معينة من خلاف في شأنه فلا أهمية لهذا الحكم في دائرة مصادر القانون لأنه لا يعدوا أن يكون تطبيقاً للقاعدة القانونية مسلم بوجودها ومضمونها.

### سميزات القضاء:

يتميز القضاء بالميزات الآتية:

- (١) أنه يشعل الجانب العملي للقانون فيتولى تطبيق القواعد القانونية على ما يست فيه من قضايا ويضع الحلول العملية للجزئيات دون ضمان التماسق فيما بينها.
- (٢) إن القضاء يتميز بطابعه وروحه الواقعي فيتقيد بواقع الحياة ويقوم على ما يتبع من هذا الواقع من منازعات لحسمها ويجعل من القانون مادة حية تسير واقع البيئة وتجارى روح العصر.
- (٣) أن المحاكم أقدر على تطبيق ما تراه من تفسير للقانون من الفقهاء بحكم وظيفتها فهي التي تتولى تطبيق القانون على منازعات وتخرج مآثره إلى حيز الوجود والعمل.

### منزلة القضاء في المجتمع القديم:

كان القضاء مصدرًا للقانون الروماني وقد برزت أهميته عقب تجميع القانون الروماني القديم في الألواح الاثني عشر فتولى البريتور شؤون القضاء المدني أنيطت به مهمة تنظيم الدعاوى والدفع وسير الإجراءات على أن يتم الفصل في المنازعات وفقًا لأحكام القانون المدني من قبل قضاء أشبه بالمحلفين في بعض النظم القضائية المعاصرة وكان البريتور يتخبط لمدة سنة يصدر في فائحتها منشورًا عرف باسم المنشور البريتوري يدرج فيه القواعد التي يلتزم

بإتباعها في قضائه وكان كل برئور يضمن في منشوره ما أثبت العمل صلاحه في التطبيق مما اشتمل عليه منشور سلفه ويضيف إليه من القواعد ما يتناول منشور سلفه بالتغيير أو الإضافة مما يقدر صلاحه وتقتضيه مبادئ العدالة ولم يكن القاضي ملزماً رسمياً بالتبعية بأحكام منشورة في يادئ الأمر حتى صدر قانون يقضي باعتباره عدم التقيد به مخالفه قانونية. ثم تكون من مجموع القواعد المستقرة في مختلف المنشورات الدورية ما سمي بالمنشور الدائم وظل العمل به قائماً حتى عهد الامبراطورية فجمع جميعاً رسمياً عرفاً باسم القانون البريوري الذي أضحي بعدئذ جزءاً من قانونين جديدين ينص على أن منشورات القضاة كانت تنشر قواعد القانون وإن القضاء كان مصدرها رسمياً دائماً للقانون الروماني.

وفي المجتمع الإسلامي مر القضاء بثلاث مراحل تفاوتت بتفاوتها منزلته هي الآتية:

المرحلة الأولى: وهي عهد الرسول ﷺ وفيها لم يمارس القضاء دوراً ذا شأن كمصدر للأحكام لأن الكتاب والسنة كانا وحدهما مصدري الشريعة ولأن الرسول ﷺ كان قاضي المسلمين وحده وكان قضاؤه ملزماً باعتباره سنة شرع به القواعد الوقائع الثابتة وإذا كان الرسول قد أقر اجتهاد بعض صحابته الذين تولوا منصب القضاء إلا أن اجتهادهم كان محدوداً لبساطة الحياة وعدم تعقد الحاجات.

أما المرحلة الثانية: فقد بدأت بعهد الخلفاء الراشدين وانتهت بتدوين الفقه الإسلامي في مطلع القرن الثاني للهجرة وفيها برز دور القضاء في استنباط الأحكام الشرعية لمواجهة ما جد في المجتمع الإسلامي المتطور من حاجات وقد امتزج الفقه والقضاء في هذه المرحلة فكان القضاء خلافاً من الفقهاء المجتهدين وكان القاضي يأخذ بقضاء السلف من أئمة المسلمين عند عدم العثور على حكم في الكتاب الكريم والسنة الشريفة ثم يستعين بما أثر عن الصحابة والتابعين من آراء عند افتقاده قضاء السلف. وقد استنبط القضاة باجتهادهم كثيراً من الأحكام.

وأما المرحلة الثالثة: فقد بدأت بتدوين الفقه الإسلامي وفيها تعاضلت أهمية الفقه وتضاءل شأن القضاء ولم يعد القضاء محصوراً في الفقهاء المجتهدين بل تولاه غيرهم من الفقهاء المقلدين لأئمة الفقه الإسلامي فاستقل القضاء عن الفقه منذ بدء هذه المرحلة وأصبح تابعاً له يستمد منه ما يطبقه من قواعد في القضايا المعروضة عليه دون اللجوء إلى استنباط الأحكام من أدلتها الربعية إلا فيما ندر من الحالات، ينص على ذلك أن القضاء مارس دوراً هاماً في المرحلة الثانية التي كان القاضي خلالها قفياً مجتهداً ومع ذلك ينبغي أن

يلاحظ أن دور القضاء كان يقتصر على استنباط الأحكام من أصولها الشرعية عن طريق تفهم النصوص وتفسيرها والاستعانة بمبادئ الشريعة وأسرار التشريع الإلهي ولا يمكن أن يوصف القضاء بأنه مصدر للأحكام الشرعية لأن هذه الأحكام لا مصدر لها سوى الله تعالى. وفي المجتمع الإنكليزي مارس القضاء دورًا هامًا وكان وما يزال يعتبر مصدرًا رسميًا للقانون ذلك لأن النظام القانوني يقوم في جانب منه على مبدأ السوابق القضائية وفقد السابقة القضائية أن كل محكمة تلتزم بالمبدأ القانوني الذي بنت عليه حكمها السابق أو ما يسمى بحكمة القرار كما تلتزم بالمبادئ القانونية التي قررتا المحاكم التي تماثلها أو تعلوها وعليها في المرتبة ويعزى التمسك بالسوابق القضائية في المجتمع الإنكليزي إلى سببين أولهما: أن القانون الإنكليزي غير مكتن وقد تكامل كيانه وتم تطوره بفضل القضاء وثانيهما سمو منزلة التي يحلها القاضي في المجتمع الإنكليزي وقد نشأ القانون الإنكليزي عن طريق الاعراف والعادات وكانت المحاكم تفصل في النزاع بمقتضاها فإن لم يجد القاضي عرفًا أنشأ الحل القانوني الذي يحسم النزاع بعوجه وكان كل حكم جديد ينشئ سابقة قضائية ويجب التقيد بها في القضايا المماثلة من قبل المحكمة التي أصدرته ومن قبل المحاكم التي هي أدنى منها أو تماثلها درجة فكانت محكمة منصة المثلث وعكسة الخزينة وهي محاكم الدرجة الأولى فدينًا تنقيد بالمبدأ القانوني الذي تقرر في قضية ما. وكانت محكمة الاستئناف بعد تشوئها تلتزم بما قرره من مبادئ كما تلتزم بها محاكم الدرجة الأولى. وكان قضاء محكمة مجلس اللوردات وهي أعلى مرتبة في القضاء الإنكليزي ملزمًا لجميع المحاكم. وقد نتجت عن هذا المسلك في القضاء ثروة ضخمة من السوابق القضائية التي لها قوة القانون تكون منها القانون العمومي. لم يقتصر التقيد بمبدأ السوابق القضائية على محاكم القانون العمومي بل تعداها إلى محاكم العدالة بعد قيامها ولا يزال القضاء الإنكليزي عن طريق السوابق القضائية بعد دمج القانون العمومي وقانون العدالة معًا وتوحيد القضاء الإنكليزي في أواخر القرن التاسع عشر يلعب دورًا هامًا في نشوء القاعدة القانونية وتطور القانون ويعتبر من أهم المصادر الرسمية للقانون الإنكليزي.

#### منزلة القضاء في المجتمع المعاصر:

يعتبر القضاء الإداري مصدرًا رسميًا للقانون التي تفر وجوده كفرنسا وجمهورية مصر العربية أما القضاء العادي فيستقر في دائرة المصادر التفسيرية والقانون باستثناء المجتمع



الإنكلوسكسوني الذي يعتد بعبء السوابق القضائية ذلك لأن معظم الدول المعاصرة لا تأخذ بالسابقة القضائية وأفضية محاكمها لا تلزم المحكمة نفسها ولا تلزم المحاكم الأخرى في القضايا المماثلة ومع ذلك ينبغي التسليم بما للقضاء الفرنسي من أهمية في تطور القانون الفرنسي والقوانين التي تأثرت به بها خلفه من مبادئ ونظريات عن طريق تفسير النصوص والتوسع في تفسيرها.

والقضاء العراقي لا يختلف من حيث منزلته عن كل من القضاء العادي في فرنسا ومصر لأنه لا يأخذ بعبء السوابق القضائية أسوة بها بالمحاكم العراقية لا يلتزم بسابق قراراتها ولا تنقيد بها غيرها من المحاكم في القضايا المماثلة فمحكمة التمييز حرة في العدول عن المبادئ التي قامت عليها قراراتها السابقة، ولا يلتزم بقراراتها محاكم الدرجتين الأولى كمحاكم البداية والثانية كمحاكم الاستئناف فيما يطرح أمامها من خصومات مشابه ولا يلتزم قضاء محكمة التمييز غيرها من المحاكم إلا في حالة واحدة نصت عليها المادة (٢١٥) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ فجاء في فقرتها الثانية: (إذا كان الحكم المميز صادرًا من محكمة الاستئناف أو البداية يقتصر في اتباع قرار النقض على ما تضمنه من إجراءات أصولية فقط إلا إذا كان قرار النقض صادرًا من الهيئة العامة فإنه يكون واجب الاتباع في جميع الأحوال). وقضت فقرتها الثالثة بأنه (إذا أصدرت محكمة الاستئناف أو البداية على حكمها بعد إعادة الدعوى إليها وخالفت في ذلك قرار الهيئة الخاصة لمحكمة التمييز وجب النظر في الطعن الثاني أمام الهيئة العامة لمحكمة التمييز في العراق) ومفاد هاتين الفقرتين أنه إذا نقضت محكمة التمييز حكمًا صادرًا من محكمة استئناف أو من محاكم الدرجة الأولى كمحاكم البداية فإن عليها أن تعيد الدعوى إلى نفس المحكمة التي أصدرت الحكم النقوض لتنظر فيها ثانية. ولا تلزم هذه المحكمة إلا بما تضمنه قرار النقض من إجراءات أصولية فقط. ولها كل الحق في الإصرار على حكمها السابق فإن أصدرت وطعن في حكمها ثانية بطريق التمييز اجتمعت الهيئة العامة لمحكمة التمييز التي تعني جميع قضايا في مختلف هيئاتها لتنظر في الطعن ولتصدر قرارها. فإذا نقضت الحكم ثانية وأعدت الدعوى إلى المحكمة فعلى هذه المحكمة أن تنقيد برأي الهيئة العامة لمحكمة التمييز عند الفصل مجددًا في القضية المنظورة وهذا الحكم يشابه ما نص عليه كل من القانون الألماني والفرنسي والمصري مع اختلاف في المراحل والتفصيلات لا نجد مبررًا للخوض فيها في هذا الكتاب المنهجي.

## المبحث الثاني

### الفقه

معنى الفقه: يفيد مصطلح الفقه معنيين أولهما: مجموع آراء علماء القانون القائمة على دراسة القانون دراسة تحليلية انتقادية والجامعة بين استخلاص الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية ومناقشة هذه الأحكام للكشف عن ثنائيات الدتورن وعبوبه، وثانيهما: علماء القانون أنفسهم الذين تخصصوا في شرح القانون وتفسيره وتثقيده وما نعتى به في هذا البحث هو المعنى الأول.

مميزات الفقه: يتميز الفقه بالمميزات الآتية:

(١) أنه يمثل الجانب العلمي للقانون خلافاً للقضاء الذي يمثل الجانب العملي له لأنه يقوم على استخلاص الأحكام الجزئية من الأصول الكلية للقواعد القانونية بالطرق العلمية ومناقشة قواعد القانون مناقشة علمية للكشف عن عيوبها ومزاياها ووضع نظريات عامة تنطبق على جزئيات كثيرة منسقا بين حلولاها.

(٢) يتميز بالطابع النظري خلافاً للطابع الواقعي الذي يتميز به القضاء وهذا ما يبرز فيها يلجأ إليه الفقه من تصور وافراض وتثبت يمثل وتثيب عن اتجاهات جديدة ابتغاء الأعد بأسباب التطور ولكنه قد يعتمد فيها براه عن واقع مجتمعه

(٣) أن آراء الفقهاء لا تخرج إلى التطبيق العلمي إلا إذا أخذت بها المحاكم طوعاً قهراً بمجرد من الصيغة الرسمية ولا يتمتع بقوة إلزام ذاتية تلزم القضاء بآراء الفقهاء.

### منزلة الفقه في المجتمع الروماني:

مر الفقه الروماني في تطوره بأربع مراحل: أما الأولى: فتسمى المرحلة العملية وفيها عكف فريق من النابهين على دراسة القانون وتقديم الفتاوى والمراعاة في القضايا الهامة. وقد بدأت هذه المرحلة عقب نشو منصب البريتور الروماني أما المرحلة الثانية: فقد تميزت بظهور المدارس الفقهية وبدأت في مطلع العهد الإمبراطوري وفيها تجاوزت مهام الفقيه ما سبق ذكره إلى تعليم القانون الشغوفين بمعرفة وتلقيتهم وبرز في هذه المرحلة الفقهاء كاسيو وليبيو وتلميذاهما بروكسولس وسابيانلس اللذان أسسا مدرستين فقهيتين هما المدرسة البروتيجولية التي تميزت بروح المحافظة والالتزام. عبادى العهد الجمهوري ونظمه القانونية والمدرسة الأسبانية التي اتبعت بروح التجديد ومسايرة العهد الإمبراطوري ونظمه وقد قام

فقهاء هذه المرحلة فضلاً عن تعليم القانون وإعطاء الفتاوى بشرح القانون ومناقشته أحكامه وإبداء الرأي في تصوره وما ينبغي أن يكون عليه، أما المرحلة الثالثة: فقد بدأت ببداية العهد العلمي واستغرقت هذا العهد الذي امتد طوال القرنين الروماني الثاني والثالث بعد الميلاد: وهو العهد الذي وصف بالعهد الذهبي للقانون الروماني، وفيه ظهرت طائفة من الفقهاء التابعين يتقدمهم من يطلق عليهم اسم الفقهاء الخمس العظام وهم: كايوس وبابيان والبيان وبول وديموستين ولقب بابيان بالفقيه الأعظم لأن الغلبة كانت تنظم آرائهم والتي سميت بأجوبة الحكماء فأصبح الفقه مصدرًا رسميًا هامًا للقانون ينسب إليه إنشاء كثير من قواعد القانون الروماني، أما المرحلة الرابعة: فقد بدأت بنهاية العهد العلمي وفيها أخذت أهمية الفقه بالانكماش وتضائل شأن المنشورات الفقهية كمصدر للقانون وأخذ التقليد يحل محل الاجتهاد ثم صدر قانون إمبراطوري مشترك من قبل إمبراطوري الدولة الرومانية الشرقية والدولة الغربية سنة (٤٢٦م) ألزم الفقهاء بالاعتباس من آراء الفقهاء الخمسة العظام والتقيّد برأي الأكثرية منهم عند الاختلاف وبدأت يصدر هذا القانون مرحلة قفل باب الاجتهاد وجوده القانون ثم جمعت آراء الفقهاء التي خسمتها مؤلفاتهم ومنشوراتهم ورُبّت في عهد الإمبراطور جشتيان لتصبح جزءاً من موسوعته الشهيرة التي عرفت باسم تفشين جشتيان وأثني صدوت في أوائل القرن السادس الميلادي.

#### مشكلة الفقه في المجتمع الإسلامي:

مر الفقه الإسلامي في تطوره بأربعة أدوار كذلك. أولاً: دور النشوء هو الذي بدأ بشزول القرآن الكريم وانتهى بوفاة الرسول ﷺ وقد احتوى القرآن الكريم على تنظيم لشؤون العبادات والمعاملات عرف باسم فقه القرآن وتولى الرسول الكريم تفصيل مجمله وإضافة ما اقتضته وقائع الحياة من أحكام إليه. وثانيها: مرحلة النمو التي بدأت بعهد الخلفاء الراشدين وانتهت بتدوير الفقه الإسلامي وفيها بدأ الاجتهاد يلعب دوره لمواجهة ما يجد في المجتمع الجديد من تطور في الحاجات والأوضاع فأعمل بعض كبار الصحابة والمجتهدين من التابعين وتابعي التابعين في استنباط الأحكام الشرعية من النصوص الكريمة عن طريق تفهيمها وتفسيرها وفي هذه المرحلة ظهرت مدرسة أهل الرأي في العراق التي عولت على القياس ولم تعتمد كثيراً على الحديث الشريف وقد نما الفقه في هذه المرحلة وأصبح الاجتهاد مرجعاً في استنباط الأحكام. أما المرحلة الثالثة: فقد بدأت بظهور مذاهب الفقه الإسلامي وتدوين الفقه

في مطلع القرن الثاني للهجرة والتي امتدت حتى نهاية القرن الرابع الهجري تسمى مرحلة نضج الفقه وتوصف بأنها العهد الذهبي للفقه الإسلامي، وفيها تعاطف شأن الفقه وتوسع استنباط الأحكام وبرز الاجتهاد واستقرت كثير من المصادر النابعة للأحكام الشرعية فلم يلعب الاجتهاد دوراً هاماً في تطوير الأحكام واتساع نطاق الشريعة الإسلامية ومع ذلك لم يكن دور الفقه الإسلامي مهما تعاطف فإنه لا يوصف بأنه دور المنشئ لقواعد القانون وإنما هو دور المتكفّل للتصحيح والمفسر لها عن طريق الفروض فيها لفقههم علل الأحكام وأسرار التشريع الإلهي ومقاصد الشارع من شرعه، أما منشأ الأحكام فليس غير الله تعالى. أما المرحلة الرابعة: فهي مرحلة التقليد التي بدأت بعد اتفاق أكثر أئمة المسلمين على قفل باب الاجتهاد في أواخر القرن الرابع للهجرة وبدأ منذئذ عهد جمود الفقه الإسلامي وكاد يزول الاجتهاد فيه لولا قيام عدد قليل من كبار الفقهاء باستنباط الأحكام كالإمامين ابن تيمية وابن قيم الجوزية في القرن الثامن للهجرة وما زال هذا العهد قائماً في ظل قفل باب الاجتهاد الذي لا سند له في الشريعة الإسلامية.

#### منزلة الفقه في المجتمعات الأخرى:

لم يلعب الفقه في المجتمعات الأخرى دوراً كمصدر للقانون وإنما قنع بعهمة المصدر التفسيري ذلك لأن رأي الفقيه لا يتمتع في ذاته بقوة ملزمة ولا يفرض نفسه حل القضايا وإن كان لأراء بعض كبار الفقهاء في مختلف المجتمعات تأثير في الاتجاه القضائي سيما خلقوه من مبادئ ونظريات.



### الباب الثالث

#### وظيفة القانون

الفصل السادس: المذهب الفردي.

الفصل السابع: المذهب الاشتراكي.

الفصل الثامن: موقف التشريع العراقي في ظل ثورة (١٧- ٣٠ تموز)  
من المذهبين الفردي والاشتراكي.

#### وظيفة القانون

تمهيد:

تتمدد وظيفة القانون ببيان الأغراض التي يهدف إلى تحقيقها والوسائل التي يستعين بها للوصول إليها. ويتأثر تحديد هذه الوظيفة بالتيار الفكري الذي يتسلط على المجتمع أي بالترعة التي يشيع بها القانون في ممارسة نشاطاته فردية كانت أم اشتراكية وستناول كل ذلك بالبحث في فقرات متتالية.

#### أغراض القانون:

أما الأغراض التي يهدف القانون إلى بلوغها فمفروضان نستخلصهما من بحثنا المتقدم في ضرورة القانون وفي الصفة الاجتماعية لقواعده أولها: حماية حريات الأفراد ومصالحهم الخاصة ذلك لأن القانون إذ يحد من حريات الأفراد جميعهم إنما يهدي السبيل لكل فرد ليتمتع بحريته في حدود احترام حريات الآخرين وهو إذ يحدد حقوق وواجبات الأفراد ويرسم حدودها إنما يمول دون التعارض في الحقوق ويوفق بين المصالح ابتغاء تحقيقها جميعاً وإذا كان

القانون ينقص من الحرية الطبيعية للفرد فإنه يكفل حرية اجتماعية يطمئن بها أفراد على نشاطهم ويحققون في حدودها مصالحهم وثانيها حفظ كيان المجتمع وكفالة تقدمه. فالقانون إذ يحدد الحريات ويعين الحقوق ويرسم حدودها ويكفل حمايتها إنما يعمل على منع الاعتداء وعلى استقرار المعاملات وتحقيق الانسجام بين مختلف ضروب النشاط للمجتمع في المجتمع وعلى خلق جو من التعاون بين أفراد السير في طريق التقدم وفي كل ذلك إقرار للنظام الاجتماعي وحفظ لكيان المجتمع من كل تفنخ داخلي والقانون إلى جانب ذلك وسيلة إلى ضمان أمن المجتمع الخارجي وطريق للخدمة العامة وأداة لتحقيق مصالح المجتمع العليا فهو إذن يهدف إلى ضمان بقاء المجتمع وارتقائه أما ضمان بقائه فيتحقق عن طريق حفظ كيانه وحفظ كيان المجتمع يعني إقرار أمنه وإشاعة النظام فيه والحيلولة دون فريقة صغوفة ومنع التحلل الاجتماعي ودرء العدوان الخارجي وأما كفالة ارتقائه فتتحقق عن طريق اعتبار القانون أداة لتحقيق المصلحة العامة والخير العام.

وإذا كان من اليسير تحديد مفهوم حفظ المجتمع فإن من المتعذر إيراد تحديد دقيق لمداول المصلحة العامة أو الخير العام وذلك لبين مدلولها من مجتمع إلى آخر ومن زمن إلى زمن لاسيما بتأثير ما تحليه الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية لكل مجتمع وما تقتضيه التيارات الفكرية السائدة.

#### وسيلة القانون إلى بلوغ أغراضه:

ووسيلة القانون إلى بلوغ أغراضه هي التوفيق بين الحريات والمصالح المتعارضة توفيقاً يحفظ للمجتمع كيانه ويكفل ارتقاءه ولكي تؤدي هذه الوسيلة ثمرتها ينبغي أن يقوم التوفيق بين حريات الأفراد ومصالحهم على أساس من الحرية والمساواة وإن يستهدف تحقيق المصلحة العامة وإن يسترشد بالعوامل المادية والمعنوية التي تلم بالمجتمع من ظروف اقتصادية وعوامل جغرافية واعتبارات تاريخية ومعتقدات ومشاعر وآمال وعندئذ يكون القانون قد ضمن تنظيمًا عادلًا للمجتمع قوامه صيانة حرية الفرد وتحقيق الخير العام وركيزته الانسجام بين مصالح الأفراد وبين المصلحة العامة ومنه ظروف المجتمع وإحساس أفراد.

#### غاية القانون في ممارسة وظيفته:

وغاية القانون في ممارسة وظيفته غاية نغمية تتحدد بتحقيق العدل من طريق إقرار النظام والأمن والاستقرار في الجماعة مما يضطره أحياناً إلى التناهي عن النواحي الخلقية المجردة

التي ينظر فيها المصالح الفردية الخاصة. وقد عتبر عن ذلك الفقيه الفرنسي بورتاليس<sup>(١)</sup> بقوله: (ليس كل ما هو ما مطابق للقانون دوماً شريعاً لأن القوانين تهتم بالمصلحة السياسية للمجتمع أكثر من اهتمامها بالكمال الخلقى للإنسان) فالقانون يميز لمن حاز عفاً بنية التملك أن يكسب ملكيته بالتقادم ولو كان غاصياً ويصح للإنسان أن يمتنع عن الوفاء بدينه بعد فترة يحددها القانون إذا لم يطالبه الدائن خلالها بالدين أما الأخلاق فلا تحيز ذلك.

لأن غاية القانون تجاوز الخرص على تحقيق المثل الأخلاقية إلى مراعاة المصلحة العامة للمجتمع. وقد قدر المشرع أن قيام النظام في المجتمع يقتضي استقرار المراكز الواقعية التي ظلت زمناً طويلاً فأجاز التقادم المكسب ورأى أن استقرار المعاملات يقتضي أن لا تظل المطالبة بالحقوق وما ينتج عنها من منازعات قائمة دوماً ومستمرة فأجاز التقادم المسقط.

#### تأثير وظيفة القانون بالنزعة السائدة:

والحق أن فكرة المصلحة العامة أو الخير العام فكرة نسبية تختلف وجهات النظر في تحديدها وتتفاوت مداها بتفاوت الزمان واختلاف المكان كما أن حفظ التوازن بين المصالح الفردية وبين المصلحة العامة أمر يتأثر بظروف كل مجتمع اجتماعية واقتصادية وسياسية ومعنوية فهي التي تلي عليه وسيلة حفظ التوازن ومدلوله ومداها. وهي التي تحدد أي الكفتين ينبغي أن يكون لها الرجحان عند التعارض أي مصلحة الفرد أم صالح الجماعة وعلى العموم فإن تحديد فكرة الخير أو المصلحة العامة ومدلول التوازن ومداها ووسيلة حفظه يتأثران بتسلط أحد مذهبين متعارضين يتنازعان سيادة الفكر البشري والسلطان على تنظيم شؤون الجماعة أولها المذهب الفردي أو المذهب الحر. وثانيها المذهب الاشتراكي أو مذهب التدخل.

#### تقسيم البحث:

يقتضي التصدي لبيان مدى تأثير وظيفة القانون ومن ثم نطاقه بالتيار الفكري الذي يتسلط على الجماعة توزيع البحث على ثلاثة فصول نعقد أولها للبحث في المذهب الفردي ونقردها ثانيها للبحث في المذهب الاشتراكي أو الاجتماعي وأما الفصل الثالث فتخصصه لبيان موقف التشريع العراقي في ظل ثورة ١٧ / ٣٠ تموز الحالدة من المذهبين الفردي والاشتراكي مستوفاً كان أم قانوناً.

(١) عبد الباقي البكري، نظرية القانون، ص ٨٧.





## الفصل السادس

### المذهب الفردي

#### التعريف بالمذهب الفردي:

إن النزعة الفردية نزعة عريقة في وجودها آمن بها الرومان وبعض من سبقهم في المجتمع القديم ولكنها برزت وسيطرت بانتعاش فكرة الحقوق الطبيعية للإنسان في الفكر الفلسفي في القرنين السابع عشر والثامن عشر وبلغت ذروة سلطانها على يد رجال الثورة الفرنسية الذين آمنوا بها لتحرير الفرد من ظلم الحاكم وطمعاني الدولة.

تستند هذه النزعة إلى مذهب القانون الطبيعي الذي نادى بوجود مبادئ عامة خالدة توحى بالحق والعدل وتكون مثلاً أعلى لكل مشرع وتوجب على المشرع أن يكشف عنها بعقله ليُدْرِجها في قوانينه وكلما زاد ما يستلهمه منها من أحكام كلما بلغ بقوانينه مرتبة أعلى في مدارج الكمال.

ومذهب القانون الطبيعي جاء خلف الفكر الإغريقي واعتنقه كثير من رجال الفكر عبر العصور حتى بلغ قمة سلطانه في نهاية القرن الثامن عشر غير أنه اتخذ على عمر الزمن صورا متعددة متنوعة منها الفلسفية والقانونية والدينية والسياسية إلا أن كل صورة من صورة كانت في حقيقتها انعكاساً لروح العصر وقيم المجتمع.

وكانت صورته المسيطرة على الفكر الفلسفي في القرنين السابع عشر والثامن عشر هي نظرية العقد الاجتماعي التي تناولها بالتفصيل طائفة من كبار الكتاب منهم جان جاك روسو الفرنسي والتي اتخذت أساساً لتفسير نشأة الدولة وتنظيم الروابط الدستورية فكانت في روحها مصدراً لمضمون طائفة من الوثائق الدستورية منها الوثائق الدستورية التي صدرت في أمريكا في أواخر القرن الثامن عشر كوثيقة إعلان استقلال المستعمرات الثلاثة عشر عن إنكلترا التي صدرت في الرابع من تموز سنة ١٧٧٦ والتي تصدرت بالعبارة الشهيرة: «خلق الناس سواسية متمتعين بحقوق خالدة لا تنتزع وقد نشأت الحكومات لتحصن لهم هذه الحقوق» ومنها وثيقة إعلان حقوق الإنسان والمواطن التي صاغها رجال الثورة الفرنسية والتي أقرتها الجمعية الوطنية في ٢٧ آب سنة ١٧٨٩ واختيرت جزءاً من الدستور المعلن في ٣ أيلول سنة ١٨٩١ وقد جاء في مادتها الأولى:

### «يولد الناس أحراراً متساوين أمام القانون»

إن مضمون جميع هذه الوثائق والدمائير يشير إلى ما للفرد من حقوق لصيقة بشخصه قديمة قدم الإنسانية عالدة بخلودها ثبتت له مجرد كونه إنساناً دون أن يستمدّها من سلطة ما وهي حقوق لا يجوز التنازل عنها ولا تقبل السلب أو الانتقاص ولا تزول بعدم الاستعمال وإذا كانت نظرية العقد الاجتماعي قد أنكرها المحدثون في الفقهاء والكتاب إلا أن المؤمنين بالترعة الفردية ما زالوا يرون أن الإنسان مصدر الحقوق فهو الحقيقة الأولى في المجتمع وعليه يستند النظام القانوني وإن ضياع حريته وصياغة حقوقه هما هدف الدولة وإن الحق الفردي مصدر القانون وأسمى منه.

#### أسس المذهب الفردي:

يقوم المذهب الفردي على الأسس الآتية:

- (١) الإيمان بأن الفرد غاية التنظيم الاجتماعي وقمة التنظيم القانوني. فهو الوحدة الأصلية في المجتمع والحقيقة الأولى فيه. وهو عباد الجماعة وهدفها.
- (٢) الإيمان بالحقوق الطبيعية للفرد. فهو إذا ولد تربيته له حقوق على اعتباره إنساناً ويمنح بها ما ظل حياً وهي حقوق لصيقة بشخصه يكسبها بمجرد وجوده ويستمدّها من الطبيعة لا من القانون فهي ليست منحة تمنحها الدولة أو عطية يقدمها القانون لأنها أسبق منها وجوداً.
- (٣) الإيمان بأن القانون حدث اجتماعي اقتضته ضرورة النظام والاستقرار في المجتمع تقتصر مهمته على تأمين ممارسة جميع الحقوق المتقابلة من طريق التوفيق بينها ويصل إلى غرضه عن طريق الحد من الحرية لكل شخص ليحول دون اصطدام الحريات ببعضها دون أن يكون وسيلة لتحقيق النفع العام والعدالة الاجتماعية والتأكيد على القيم الخلقية فمهمته سلبية تقتصر على الحد من الحريات الفردية لضمان الحرية للجميع دون أن تكون إيجابية تفرض التكاليف ابتغاء تحقيق الخير العام.
- (٤) الإيمان بالعدل التبادلي أو عدل المبادلة وهو العدل الذي يتحقق في شكل واجبات متقابلة تقع على عاتق الأفراد لمصلحة الآخرين ويقوم على أساس من قياس الأفراد بنقياس حسابي موحد ومن قيام روابطهم على أساس التكافؤ فيما بينهم. وعلى الدولة أن تترك الحرية للأفراد لممارسة نشاطهم دون أن تتدخل لتوزيع العدل بينهم عن طريق القانون.

د) الإيمان بأن ضمان المصالح الفردية يقضي إلى تحقيق المصلحة العامة: ذلك لأن سعادة كل فرد تعني سعادة المجموع ولأن تحقيق المصالح الفردية يعني ضمان المصلحة العامة لأن المصلحة العامة لا تعني سوى مجموعة المصالح الفردية.

#### أشار المذهب الفردي:

تترتب على المذهب الفردي آثار خطيرة تناول وظيفة القانون ونطاقه نوجزها فيما يلي:  
أولاً: انكماش القاعدة القانونية وضيق نطاق القانون وتضاؤل تدخل الدولة فالقاعدة القانونية لا تتدخل إلا لرد العدوان على الحقوق وبالقدر الضروري لدفع الاعتداء والقانون لا يسطر سلطانه على كثير من الروابط الاجتماعية بل يقف من معظم ضروب النشاط الفردي موقف المتفرج والدولة تقتنع في الحياة القانونية بدور سلبي هو دور الساهر على ضبط النظام والحريص على كفالة احترام الحقوق والتدخل عند الضرورة للحفاظ على كيان المجتمع ومنع العدوان على الحقوق الفردية.

ثانياً: ضيق مفهوم المصلحة العامة التي ينبغي على القانون تحقيقها فلا يدخل في مفهومها تحقيق العدالة الاجتماعية أو مراعاة القيم الخلقية أو السمي وراه الخدمة العامة بل يقتصر بذلولها على حفظ كيان المجتمع يعني ضبط النظام وإقرار الأمن وتحقيق الاستقرار.  
ثالثاً: تغليب المصلحة الفردية على مصلحة المجموع عند تصادمها وبذلك تغطي حماية حريات الأفراد وضمان مصالحهم الخاصة وهي أحد غرضين للقانون على غرضه الثاني هو حماية مصلحة المجتمع وتحقيق الخير العام.

وتترتب على هذه الآثار الثلاثة جملة من النتائج الهامة في كل من الحياة السياسية والاقتصادية والقانونية. أما في الحياة السياسية فينبغي على الدولة أن تطلق الحريات للأفراد وإن لا تضع من القيود إلا ما هو لازم لضمان ممارسة جميع الأفراد حرياتهم وعليها أن تذكر أيّداً أنها ما نشأت إلا لخدمة أفراد المجتمع وضمان حقوقهم وأنها إذا تمتعت بسيادة فهي سيادة نسبية تنبع من الشعب وتمارس من أجل الشعب وتنفذ بالقانون. وإذا كان عليها أن تضمن الحرية لأبنائها فينبغي عليها في الوقت نفسه أن تكفل المساواة فيما بينهم وأما في الحياة الاقتصادية فعليها أن تضمن حرية العمل وحرية التبادل لأفرادها وإن تقف حارساً أميناً عليها لأن الرخاء ثمرتها وعليها أن تؤمن بطاقة الفرد الذاتية وبحافزه الشخصي. فتفسح للفرد المجال للنشاط والإبداع والإنتاج والتطوير وقد انبثق من النزعة الفردية بأن تسلطها

على الفكر البشري مذهب اقتصادي شهير هو مذهب الفيزيوقراط أو مذهب الاقتصاد الحر، الذي نادى بحرية التجارة وبحرية العمل ودعا إلى تحرير التجارة من القيود الكمركية وإلى تحرير العمل من التثريعات الاجتماعية.

وتترتب على النزعة الفردية نتائج خطيرة في الحياة القانونية أبرزها ما يأتي:

١) التمسك بتقسيم القانون إلى التقليديين فرعيه التقليديين وهما القانون الخاص الذي تنظم قواعده الروابط بين الأشخاص في المجتمع أو بينهم وبين الدولة على اعتبارها شخصاً معنوياً اعتبارياً والقانون العام الذي تحكم قواعده الروابط التي تظهر فيها الدولة على اعتبارها صاحبة السيادة في المجتمع طرفاً وما يقتضيه هذا التقسيم من تمييز بين قواعد التفسير والتنفيذ الذي تخضع لها الروابط التي ينظمها أي من هذين الفرعين ذلك لأن تفسير وتنفيذ روابط القانون الخاص يستهدي بالمصلحة الفردية دائماً ويتم طبقاً لما قصده الإرادة التي تبسط سلطانها في دائرة هذه الروابط أما تفسير وتنفيذ روابط القانون العام فيجري في ضوء المصالح العام وعلى النحو الذي تختمه مصلحة الدولة.

٢) تضاد عدد القواعد الأمره وتكاثر عدد القواعد المفسرة أو المكملة للإرادة أما القواعد الأمره فهي القواعد التي تتعلق بموضوعها بمصالح المجتمع العليا والتي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وأما القواعد المفسرة والمكملة للإرادة فهي القواعد التي عُدت إلى إزالة غموض شأب الإرادة أو استكمال نقص لوحظ فيها، والتي يجوز التراضي على استبعادها والاتفاق على حكم يخالفها ويفسر هذا التفاوت العددي بين هاتين الطائفتين من القواعد بما تركزه النزعة الفردية من اهتمام بالإرادة الفردية والحقوق والمصالح الخاصة مما يقتضي من المشرع وضع كثير من القواعد التي تعالج نقص الإرادة أو غموضها ويترك للإرادة حرية استبعادها، أما المصلحة العامة فمضمونها ضيق والغلبة للمصلحة الفردية عليها عند التعارض فلا عجب إن جاءت القواعد المتعلقة بها قليلة في عددها وهي القواعد الأمره.

٣) استقرار مبدأ سلطان الإرادة في دائرة الروابط العقدية فإرادة طرفي العقد حرة في إبرام ما تشاء من عقود ذكرها القانون أو لم يذكرها، وهي حرة في وضع شروطها وترتيب آثارها مادامت تتقيد بما فرضه القانون من قيود وإذا نشأ العقد صحيحاً فرض مضمونه على عاقد به وأصبح شريعة لها فلا يجوز لأحدهما أن يفسره أو أن يتدخل بإرادته وحدها من آثاره وإذا وجب تفسيره أو ساغ التحلل منه فينبغي أن يقع ذلك باتفاق الإرادتين.



٤) احترام الحقوق الفردية وتقديس الملكية الخاصة وحمايتها فالحقوق الفردية ومنها حق الملكية حقوق طبيعية ما وجدت الدولة إلا لحمايتها وما نشأ القانون إلا لدرء الاعتداء عليها ولذلك لا يجوز أن تخضع إلا للناذر والضروري من القيود التي تحتكمها مصلحة الدولة دون أن تترك للدولة حرية الانتفاص منها متى شاءت ولا يجوز لها سلبها من باب أولى إذا أرادت.

٥) إقامة المسؤولية المدنية على فكرة الخطأ الشخصي لا على مبدأ تحمل النجعة أو فكرة الضمان، فلا تترتب المسؤولية في ذمة من ألحق بغيره ضرراً إلا إذا نتج الضرر مباشرة عن خطأ ثابت أي يجب إثباته أو عن خطأ مقروص ينسب إليه سواء كان الخطأ المقروص قابلاً لإثبات العكس أو غير قابل للنفي والمسؤولية القائمة على فكرة الخطأ الشخصي ثابتاً كان أو مقروصاً تسمى المسؤولية التقصيرية وهي تقوم عند توافر عناصر ثلاثة الضرر الذي ألحق بالمصاب والخطأ الذي صدر عن التسبب في الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ وبين الضرر التي تعنى نشوء الضرر مباشرة عن ذلك الخطأ أما المسؤولية المرتكزة على فكرة الضمان ومبدأ تحمل النجعة فتقوم على عنصر واحد هو عنصر الضرر دون اكترات بفكرة الخطأ الشخصي القائم على العقل والتعيز.

٦) إطلاق حرية الشخص في دائرة الأحوال الشخصية دون أن تتقيد بغير أحكام الدين فلا يجوز للدولة أن تتدخل في روابط الأسرة لسلب أو تفقد حرية الشخص فيما يباح له قواعد الدين بحجة تحقيق ما تقتضيه المصلحة العامة وعليه فليس للدولة أن تتدخل في تنظيم الأسرة بكان تغير في قواعد الولاية أو الحضانة أو أن تقوم بتحديد النسل أو أن تمنع الطلاق أو تعدد الزوجات إذا أباح الدين ذلك.



## الفصل السابع

### المذهب الاشتراكي

#### التعريف بالمذهب الاشتراكي:

لا ينظر أنصار المذهب الاشتراكي إلى الفرد ككائن مستقل عن المجتمع الذي يعيش فيه متمتع بحقوق يستمدّها من الطبيعة وإنما هو في نظرهم كائن اجتماعي بطبيعته يعيش دوماً في مجتمع يضمّه وأفراد جنسه ويتمتع بحقوق يستمدّها من الحياة في المجتمع باعتباره عضواً فيه والمجتمع في رأيهم ليس مجموعة أشخاص يحفظ كل منهم بذاته ويستقل بحقوقه وإنما هو وحدة متجانسة متماسكة تنصهر فيها الجماعة. فالمجتمع هو محور الدولة وأساس القانون يتضمن أفراداً وهم عناصر تكوينه ويشاركون فيه حقوقهم على اعتبارها وظائف اجتماعية تستهدف غاية مشتركة هي مصلحة المجتمع بأسره. وعليه فإن القانون يرمي دوماً إلى تحقيق سعادة المجتمع أولاً وإن أفاد الفرد منها وإلى التضحية بالمصلحة الخاصة في سبيل مصلحة المجموع عند تعارضها وإلى التضييق من حرية الأفراد عن طريق إلزامهم بواجبات لصالح الجماعة فالجماعة هي الحقيقة الأولى في كل مجتمع بشري وتضامن أفراد المجتمع وتحقيق مصلحته العليا هما هدف المشرع وغاية القانون.

إن النزعة الاشتراكية ليست حديثة عهد بل هي موطئة في القدم برزت في المجتمع القديم ونشبت بها شرائع السماء. فالمجتمع القديم لم يحل من جماعات كانت تحرس على حياة أفرادها عن طريق إلزامهم بواجبات اجتماعية وكانت لا تعترف لهم بالحقوق وإنما تفرض عليهم التكاليف. وشاعت هذه النزعة في الفكر الفلسفي القديم فذهب بعض الفلاسفة كأفلاطون في كتابه (الجمهورية الفاضلة) إلى التعلق بالمجتمع الفاضل الذي تشيع فيه السعادة وتذوب فيه المصالح الفردية وتنصهر في كيانه الحقوق الخاصة ليتحمل كل عضو فيه نصيبه من الواجبات حيال الجماعة.

ونظرت الأديان بصورة عامة والأديان السماوية بصورة خاصة والدين الإسلامي بصورة أخص إلى الجماعة كعماد الحياة منها تنبعث الحقوق ولمصلحتها تمارس فليس للفرد إلا ما تخوله الجماعة له من حق وليس له إلا ما لا حاجة للجماعة به وعليه أن يباشر في الحدود التي لا تعارض ومصلحتها وقد تبلورت هذه النزعة في النصف الثاني من القرن التاسع عشر عقب تطور الأوضاع الاقتصادية وتعدد الحياة الصناعية وتغير المفاهيم السياسية بتأثير من قيام

الثروة الصناعية وما ترتب عليها من تركيز رأس المال وهجرة في علاقات الإنتاج فقد أدى تركيز المال وبروز روح الاستغلال واختلال التوازن بين الطبقات ونشوء المنظمات المهنية إلى استفحال شأن هذه النزعة وإلى إرسائها على أسس علمية ومن ثم إلى تحولها إلى مذهب علمي وقد ساعد في انتشار النزعة الاشتراكية ورسوخ المذهب الاشتراكي ما اكتشف المذهب الفردي من عيوب وما واجهه من انتقادات تركزت حول عيبين رئيسيين فيه، أولهما أساسه الخاطئ فقد بالغ في تقدير حرية الفرد وحقوقه واعتبره كائناً مستقلاً عن الجماعة يستند حقوقه من الطبيعة فحسب وثانيهما عدم مساهمته للقيم الاجتماعية التي طغت على المجتمع المعاصر وانبعثت من روح العصر فقد شل يد الدولة عن التدخل في تنظيم الروابط الاجتماعية بغية إشاعة العدل وتحقيق المساواة والتقليل من الفوارق الاقتصادية وهو بمبادئه بالحرية الاقتصادية أدى على تزايد الفوارق الطبقة وانقسام المجتمع إلى فئتين أولاهما فئة مستغلة متحكممة في حياة الناس ومواردهم وهي الغلة وثانيهما فئة كادحة مستضعفة تمثل الجانب الأكبر من الشعب ويشيع في وسطها اليأس والغنى ولا تعدو أن تكون فئة أجيذة لا تكاد تسد الكفاف من العيش.

وقد كان للحرب العالمية الثانية تأثير بالغ في سيادة المذهب الاشتراكي فأمن به كثير من الشعوب التي رزخت تحت عبء الاستعمار طويلاً أو قاست من النفوذ الأجنبي كثيراً أو اكتوت بنار الحرب وما جرته عليها من غراب ودمار واقتذرت منه مفتاحاً تلج بعونه باب حياة جديدة تتحرر فيها عما عانته من ظلم اجتماعي وفساد سياسي وجعلت منه مشعلاً تنير به طريقها إلى تحقيق العدالة الاجتماعية عن طريق إذابة الفوارق الطبقة والتقليل جهد الإمكان من عدم المساواة الاقتصادية والعمل على زيادة الإنتاج والتثبيت بعدالة التوزيع.

#### أسس المذهب الاشتراكي:

يقوم المذهب الاشتراكي على الأسس الآتية:

(١) الإيمان بأن المجتمع هو الحقيقة الأساس في الحياة وإن كيان الجماعة هو قمة التنظيم القانوني فالمجتمع وحدة متجانسة وكل لا يتجزأ ينصهر فيه الأشخاص وتذوب فيه الحقوق لا ينظر إلى الفرد فيه ككائن مستقل بشخصه طليق في ممارسة حريته واستعمال حقه وإنما ينظر إليه من خلال اندماجه في المجتمع وانخراطه في العيش مع أفراد جسمه وارتباطه بهم برباط التضامن الاجتماعي.



٢) إنكار فكرة الحقوق الطبيعية للفرد الطبيعية بشخصه والمستمدة وجودها من الطبيعة والملازمة له في حياته؛ ذلك لأن التأكيد على الحق الطبيعي للفرد أمر لا سند له مع العلم ولا من الواقع. لأن التسليم به يقضي إلى إقرار أمرين أولهما: أن الإنسان يولد متبعثاً بحقوق طبيعية وثانيهما: أن الإنسان يظل متبعثاً بهذه الحقوق وإن عاش منقطعاً عن غيره. والحق أنه لا يتصور أن يكون للشخص المنقطع عن أبناء جنسه والذي لم يدخل في روابط مع غيره حقوق وإنما تكون له مكينات على ما يستعمله من الأشياء ويختلف الحق عن المكنة لأن الحق هو السلطة التي تترتب للعضو في الهيئة الاجتماعية والتي يقرها القانون ويفترض وجود مجتمع قائم يدخل أفراداً برباط مع بعضهم أما المكنة فهي القدرة والواقع أن الحق الذاتي لا وجود له في ظل المذهب الاشتراكي فلا حق لأحد قبل المجموع، وأن ما يسمى بالحق لا يعدو أن يكون واجباً يفرضه التضامن الاجتماعي ليؤدي به خدمة اجتماعية وإذا جاز الإبقاء على مصطلح الحق فينبغي أن يقصد به حق كل شخص في أداء واجب تتطلبه حقيقة الاعتراف المتقابل بين أعضاء المجتمع والحق في حقيقته وظيفة اجتماعية يمارسها الفرد لتحقيق خدمة عامة. ويلتزم غيره بعدم التعرض له في ممارستها.

٣) الإيمان بأن قوة المجتمع تنبع من قوة أفراد، وإن خير الجماعة لا يتحقق إلا إذا تضامنى كل فرد في السعي إلى تحقيق المصلحة العامة بصورة مباشرة وسمح له باستغلال جميع مؤهلاته وتسخير كل طاقته لخدمة الجماعة يدافع من الرغبة في خدمتها ولما كان المذهب الاشتراكي قد أنكر الملكية الفردية كحق ذاتي واعتبرها كسائر الحقوق وظيفة اجتماعية فإنه يكون بذلك قد مس خب الذات وغض عن قيمة الحافز الذاتي ودوره المرموق في حفز الإنتاج والإبداع. ولذلك ينبغي التفتيش عن بديل للملكية الفردية كحافز ذاتي يكفل حمل الأفراد على العمل بجهد وثقان ومثل هذا البديل لا يتحقق عن طريق القسر الذي يفرضه القانون وإنما ينبغي على الدولة أن تسعى من طريق القانون إلى تقوية كل فرد وإساعده وذلك بشحنه وصقل طاقته ورعاية مواهبه وإحاطته بعوامل الإغراء التي تدفعه للوصول إلى الهدف الأمسى وهو تقوية الجماعة وتماسك كيائها وزيادة إنتاجها وأبرز عوامل الإغراء التي تدفع الأفراد للسعي حثيثاً في طريق الخدمة العامة أربعة عوامل هي: تثبيت مبدأ تكافؤ الفرص أمام الجميع وتطبيق مبدأ سيادة القانون على الجميع روحاً لا شكلاً والقضاء على معالم الظلم الاجتماعي ووضع الحوافز لتشجيع المتفوق والإبداع في الإنتاج.

٤) الإيران بأن القانون أداة للخدمة العامة وطريق للتوجيه الاجتماعي ووسيلة لتحقيق خير المجتمع وسعادته فمهمة القانون لا تقتصر على تقوية الفرد وإسعاده ولا تنحصر في التوفيق بين المصالح الخاصة المتعارضة وإنما تتعدى ذلك إلى بلوغ هدف أسمى هو خير المجتمع وهو إذا استهدف تقوية الفرد ابتغى من وراء ذلك تقوية الجماعة وإذا توخى تحقيق سعادة الفرد ابتغى من وراء ذلك تكميله من الإسهام بتعصيب أكبر من إسعاد الجماعة بتحملة جزءاً أو فر من الأعباء الاجتماعية وعليه فإن من يتمتع بحق انجاء الجماعة ضامناً لمصلحته يتحمل واجباً حيال المجتمع يكفل تحقيق الصالح العام. ولا يجوز أن يمارس الحق إذا جاز الإبقاء على هذا المصطلح لمصلحة الفرد وحده أو ضد مصلحة المجتمع أو يتمسك بصاحبه ضد تدخل المجتمع متى اقتضى الصالح العام هذا التدخل لأن الحقوق لا تعدو أن تكون وظائف اجتماعية وسبل القانون إلى تحقيق غرضه هذا أن يترك لكل فرد القدر اللازم من الحرية لإظهار نشاطه وإنما طاقته يتيح له الفرصة للإسهام في تحقيق الخير العام وهو في ذلك لا يكتفي بتقييد الحريات الفردية ليكون دوره سلبياً فحسب بل يمارس دوراً إيجابياً لذلك في ضرورة تكاليف وأعباء يفرضها على الناس ليحملهم على تحقيق ما يعود بالنفع على المجتمع من تأكيد على الخير العام والعدالة الاجتماعية والقيم الخلقية وعليه فإن قواعد القانون ليست مجرد قواعد سلبية بل يتضمن القانون كثيراً من القواعد الإيجابية والدور الإيجابي للقانون المترتب على اعتباره أداة للخدمة العامة يقتضي من الدولة التدخل في تنظيم العلاقات كلها لاحت حاجة اجتماعية من وراء تدخلها ويتطلب منها بسط سلطاتها على مختلف حقول النشاط تتولاها توجيهها وتنظيمها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك وتدخل الدولة بتخذ مظاهر شتى منها الرقابة والتوجيه ومنها ولوج حقول الاقتصاد شريكة أو منتجة أو مؤمنة وقد تجد الدولة أن الملكية الفردية على اعتبارها وظيفة اجتماعية لم تعد تفي بالغرض من إقرارها وهو العمل على زيادة الإنتاج تحقيقاً للخير العام فتتخذها أو تسلبها من صاحبها عند الاقتضاء وجدير بالذكر أن إقرار الملكية الاجتماعية في حقول الإنتاج ويسط سلطان الدولة على حقول الاقتصاد من الأمور التي أجمع عليها الاشتراكيون غير أنهم تفاوتوا بين التطرف والاعتدال من حيث نطاق التطبيق ومراحله.

٥) الإيران بأن الخير العام والخدمة العامة يعينان سعادة المجتمع ورفاهته وأنه لا سبيل إلى تحقيق السعادة والرفاهية للمجتمع إلا عن طريق زيادة الإنتاج وعدالة التوزيع أما زيادة الإنتاج فنقتضي إلى زيادة الثروة العامة التي ترفع من مستوى معيشة الجماعة وتزيد من دخل كل فرد

فيها لئيب حاجاته ويشبع رغباته على نحو يسعد به وإذا سجد كل فرد في المجتمع لهذا المجتمع سعيدًا وعلى الدولة أن لا تألوا جهدًا في السعي إلى زيادة الطاقة الإنتاجية ولعل أفضل الوسائل للبلوغ هذا الهدف ثلاث وسائل هي: التخطيط الاقتصادي والبحث العلمي واستثمار مواهب الأفراد وتنمية طاقاتهم وعدالة التوزيع ملازمة لزيادة الإنتاج من حيث الإقرار في توفير سعادة المجتمع ورفاهته ذلك لأن المجتمع المرفه ليس هو المجتمع الذي يتميز بشخصامة طاقته الإنتاجية العامة فحسب وإنما هو المجتمع الذي لا يشعر بعض أفراده بحرارة العوز والحرمان وينعم كل أبنائه بالمستوى المعاشي الذي يليق بكرامة الإنسان.

وإذا كان المذهب الفردي يؤمن بالعدل التبادلي الذي يقوم على مبدأ التكافؤ بين الناس فإن المذهب الاشتراكي ينادي بالعدل التوزيعي الذي يسوي بين مختلف القيم المتعلقة بالأشخاص وفقًا لمقتضيات المصلحة العامة ويقوم على مبدأ تسلط الجماعة على أعضائها وقيام الدولة بتوزيعه بين أفرادها فعلى الدولة أن تختار توزيع التكاليف على أفراد المجتمع فتفرض على كل منهم نصيبًا من عبء الجماعة بتحميله وينجزه كالضرائب والدفاع المدني. وعليها أن تختار توزيع المزايا المادية والمعنوية التي توفرها في المجتمع فتخص كل فرد بقسط عادل منها. وعليها في توزيع الأعباء والمزايا أن تأخذ بعين الاعتبار الطاقة الاجتماعية لكل فرد ومدى حاجته وإذا كانت الدولة تختار توزيع العدل فإن قاعد القانون هي التي تقيض به على الناس على وجه يؤكد سيطرة المجتمع الفردي وواجب الجماعة تجاهه.

٦) الإيذان بأن الخير العام الذي يعم الجماعة يتول للأفراد فينال كل منهم قسطًا منه وإن تحقيق المصالح العام ينعكس تلقائيًا على الأفراد فيحقق مصالحهم الخاصة وكلما زاد الخير العام زاد ما يعود على كل فرد فيه من خير. والواقع أن جميع الأعباء التي تفرضها قواعد القانون على كاهل الفرد فيه والقيود التي تقيد بها حريته تتول في النهاية إليه وينتفع بها بصفته عضوًا في المجتمع ولذلك فإن التعارض الذي يبدو بين مصالح الأفراد وبين مصلحة الجماعة ليس تعارضًا حقيقيًا لأن المصالح العامة متى تحققت درت خيرًا على كل فرد وانقطع بها على اعتباره عضوًا في المجتمع.

#### آثار المذهب الاشتراكي:

تنتج عن المذهب الاشتراكي آثار هي نقيض الآثار المترتبة على المذهب الفردي أبرزها ما يأتي:

أولاً: تكاثر القواعد القانونية وهذا يعني اتساع نطاق القانون ويقيد تزايد الواجبات الإيجابية والسلبية المفروضة على الأفراد ويشير إلى تعاظم دور الدولة الإيجابي في تنظيم العلاقات الاجتماعية وازدياد تدخلها في مجال النشاط الفردي وقيامها بتحقيق العدل وتوزيعه بين الناس .  
ثانياً: التوسع في مفهوم الخير العام أو المصلحة العامة الذي يهدف القانون إلى تحقيقه ليدخل في مدلوله تحقيق العدالة الاجتماعية ومسايرة القيم المختلفة والتبادي في التوجيه الاجتماعي والسعي لتحقيق الخدمة العامة.

ثالثاً: التضحية بالمصالح الخاصة في سبيل مصلحة المجموع عند التعارض وهي تضحية تعني أن حفظ النظام وتحقيق المصالح العام وهي إحدى غايتين للقانون تلمس على غايته لغاية وهي ضمان حريات الأفراد وحماية مصالحهم الخاصة.

وبترتب على اتساع نطاق القانون وتعاظم دور الدولة الإيجابي في الحياة العامة وتدخلاتها في التدخل والميطرة على مجال النشاط الفردي جملة من النتائج الهامة في الحياة السياسية والاقتصادية والقانونية أما الحياة السياسية فيجب أن توجه طبقاً لمقتضيات المصلحة العامة ولذلك لاخير من وضع القيود على المجتمع في كيانه أو في مصالحه العليا فالحرية في مختلف صورها كحرية الرأي والنشر والنقد والتجمع ليست حقاً طبيعياً للفرد وإنما هي وظيفة اجتماعية يمارسها من أنيطت به على نحو لا يمس النظام الاجتماعي ولا يهاجم المصلحة العامة وهي تحترم مبادئ تحقق الغرض منها وهو صيرورة الفرد عضواً فاعلاً في نشاطه وأعباً في إدراكه شاعراً بمسؤوليته قبل مجتمعه عن طريق ما يستج عنها من صقل وتنمية المدارك وتخليب الأذواق أما إذا مورست على نحو يهدد كيان المجتمع وقيمه ومصالحه الأساس بالحظر فلا تشرب من ثقيدها ولا حرج من سلبها إن لم يجد التقييد وإذا كان المصالح العام هو منبع الحقوق والرأس لطريق الحرية.

فإنه في الوقت نفسه مصدر شرعية الحاكم ومشروعية نظام الحكم. فالعبرة في الشرعية ليست بوسيلة وصول الحاكم إلى الحكم وإنما بطبيعة تصرفاته بعد تسلمه مقاليد الأمور فهو يكتب شرعيته من مدى تقيده بالمصلحة العامة وسعيه إلى تحقيق التضامن الاجتماعي واستئصاله كل أسباب الخرق أو الاستغلال الاجتماعي.

أما الحياة الاقتصادية فلا مكان فيها لأي نشاط يتعارض ومصلحة المجموع ولا أثر في دائرتها لمبدأ الحرية في الإنتاج والتداول والتوزيع لأن الفكر الاشتراكي يلزم بسيطرة الدولة



على قوى الإنتاج والتداول وبهيمنتها على مجالات التجارة والتوزيع وإذا كان هناك تفاوت بين الاشتراكيين من حيث مدى هذه السيطرة ووقت مدتها إلا أنهم يجمعون على حق الدولة في ملكية وسائل الإنتاج ويتفقون على حقها في توجيه الرقابة والتدخل في غيرها من حقول النشاط الاقتصادي على وجه نزول منه ملامح الحرية الاقتصادية.

وللمذهب الاشتراكي تأثير بالغ في الحياة القانونية ولعل أعظم نتائجه ما يأتي:

(١) تكاثر قواعد القانون الآمرة التي تتعلق أحكامها بالمصلحة العامة والتي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها فله عدد القواعد المفسرة والمكملة للإرادة التي تزيل غموضاً في الإرادة الفردية أو تستكمل نقائصها والتي يجوز استبعادها ويجري تطبيقها عند عدم التراضي على خلافها؛ ذلك لأن النزعة الاشتراكية تركز اهتمامها على المصلحة العامة وتحيط مقتضياتها بالتنظيم الدقيق. أما الإرادة الفردية فلا تكثر بها إلا في الحدود التي ترسمها المصلحة وينحصر من طريقها الخير العام.

(٢) هدم التنظيم التقليدي للقانون إلى عام وخاص واستنكار ما يحرم هذا التقسيم من اختلاف من حيث قواعد التفسير والتنفيذ التي تخضع لها الروابط حسب نتائجها إلى أي من هذين الفرعين؛ ذلك لأن الروابط القانونية في نظر المذهب الاشتراكي من طبيعة مسواة فلا وجود لروابط تقوم بين فردين بعيدة عن الجماعة ورقابتها ولا وجود لحقوق تبيح من روابط فردية تستقل بوجودها عن المصلحة العامة كي تخضع تنقيح وتفسير بعضها طبقاً لما قصدته الإرادة ويجري تفسير وتنفيذ البعض الآخر من الروابط في ضوء المصلحة العامة. فالحقوق الفردية ذات طابع اجتماعي، والروابط الشخصية سبيل لتنظيم الحياة الاجتماعية ونتيجة حتمية لها وعليه فإن الدولة على اعتبارها صورة المجتمع الحديث المنظم تنظيمًا سياسيًا طرف في كل رابطة قانونية وينبغي أن يستهدي بالصالح العام في تفسير جميع هذه الروابط وتنفيذها لا فرق بين رابطة مدنية أو تجارية وبين رابطة إدارية أو دستورية.

(٣) انكماش دور الإرادة في دائرة الروابط العقدية وإلغاء تحكمها في إبرام العقود ووضع شروطه وترتيب أحكامه فقد أصبح من حق الدولة التدخل في تنظيم العقود على متوال عز مبدأ سلطان الإرادة. بدافع من الاعتقاد بأن العقد ليس ضماناً كافياً لتوليد الالتزامات عادلة نظراً لانعدام التكافؤ بين مراكز وقوى المتعاقدين ولأن المصلحة العامة تقتضي تدخل القانون لتحقيق العدل العام وتخفيف الضعفاء من استغلال الأقوياء فأصبحت إرادة الأفراد في تنظيم

الروابط العقدية تنوء تحت أعباء كثير من القيود التي يقتضيها الصالح العام للمجتمع واتسع نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق وبرزت نظرية الظروف الطارئة واعتبر الغبن سبباً للفطن في العقد لإبطال أو لإتقان التزام الطرف المغبون إذا انتطوى على الاستغلال وأصبحت بعض العقود كعقد العمل تخضع لتنظيم أمر يبدو في صورة قواعد قانونية وضعتها الدولة لتنظيمها ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها حماية للطرف الضعيف في العقد وهو العامل، وبدأ التعاقد في عقود أخرى في صورة إجبار قانوني يفرض على الأشخاص ولا يجوز مخالفته لإجبار البائع على البيع بسعر معين تحدده الدولة وكإلزام المؤجر على التأجير بأجرة تحددها السلطة العامة وكتجديد عقد الإيجار جزئياً على المؤجر. وأخذت الدولة ترسم نماذج لبعض العقود وهي ما تسمى بالعقود النموذجية كعقد الشركة وتلزم من أراد إبرامها بالتقيد بالشكل الذي حددته الدولة. وأناطت الدولة بالقضاء الحق في معاودة النظر في شروط طائفة من العقود كعقد النقل ليبطل الشروط التعسفية فيه كشرط الإغفاء من المسؤولية وليخفف من الإجحاف اللاحق بالطرف الضعيف والناجم عن شروط أخرى يفرضها متعهد النقل. كما عهدت إلى القضاء مهمة تعديل وإغفاء الطرف المذعن في عقود الإذعان إذا سمح القانون ببقاء بعضها مما تضمنته من شروط تعسفية واشترطت بالنص القانوني الصريح أن يتم تفسير هذه العقود لمصلحة الطرف مدعياً كان أو مدعى عليه.

٤) اعتبار الملكية الفردية وظيفة تمارس لخدمة المجتمع لاحقاً مطلقاً يستعمله الفرد على هواه فأصبحت تخضع لطائفة من القيود يفرضها الصالح العام كتحديد حد أقصى للملكية الزراعية الفردية وفرض الضرائب التصاعدية على الأموال ونزع الملكية للمنفعة العامة. وإقرار مبدأ المنع من التعسف في استعمال الحق ووضع الضرائب القادحة على التركات والسباح للمجتمع بالانتفاع بالملكية الخاصة وقد لا تكتفي الدولة بتقييد الملكية بل تعتمد إلى سلبها عن طريق التأميم لتصبح في حوزة الدولة ولتتطلب الملكية الخاصة إلى ملكية جماعية أي إلى اعتبار المال ملكاً للجماعة ملكية مشتركة حتى اقتضت المصلحة العامة ذلك والدولة كثيراً ما تعتمد إلى تأميم المرافق الضرورية للشعب لتحول دون تحكم واستغلال أصحابها لشباب الشعب الأخرى وتتقل بذلك إلى الملكية الجماعية والتأميم غالباً ما ينصب على وسائل الإنتاج وإن جاز أن يرد أحياناً في حقل الاستهلاك تحقيقاً للعدل العام وهو العدل القائم على التوازن بين المراكز والقوى والحائل دون الجشع والاستئثار نزولاً عند مقتضيات المصلحة العامة.

٥) إقامة المسؤولية المدنية على فكرة تحمل النجعة أو على فكرة الضمان لا على أساس الخطأ الشخصي القائم على العقل والتمييز والصادر عن المنسب بالضرر وهي مسؤولية تركز على عنصر الضرر وحده وترتب على من يلحق بغيره ضرراً مسؤولية التعويض عنه إلا إذا ثبت أن الضرر نتج عن سبب آحشي، ومع ذلك فإن النزعة الاشتراكية في القوانين المعاصرة تكفي بإقامة المسؤولية المدنية على عنصر الضرر وحده في دائرة مصادر الخطر المشدد كمشاريع الصناعة وتؤسها على مبدأ تحمل النجعة وبمقتضاء ترتب مسؤولية الشخص عن كل ضرر يصيب الغير ممن أسهم في نشاطه وكسبه تبعاً لهذا النشاط والتعويض عن كل ضرر يصيب الغير أياً كان مصدره بامتناء الضرر الناجم عن عمد المصاب أو عن قوة قاهرة وهي مسؤولية يطلق عليها اسم المسؤولية المادية تركز على فكرة العدالة وتأسس على عنصر الضرر وحده وتقرها قلة من القوانين المعاصرة، كما أن بعض القوانين المعاصرة أقامت بعض صور المسؤولية المدنية كمسؤولية الشخص عن فعل غيره على أساس فكرة الضمان وهي مسؤولية تمكن من لحقه ضرر من الرجوع على الضامن سواء كان متوعداً أو كان راعياً وللضامن بعدئذ الرجوع على من تسبب في الضرر سواء كان تابعاً أو كان تحت رعاية الراعي إذا أثبت أن الضرر نشأ عن تعمد من تسبب فيه أو عن خطئه الجسيم على النحو الذي نص عليه القانون.

٦) ازدياد تدخل الدولة عن طريق القانون في دائرة الأحوال الشخصية فتتدخل الدولة نفسها الحق في إضعاف سلطان الإرادة في تنظيم مسائل الأحوال الشخصية من طريق التضييق في تفسير قواعد الدين أو الانحراف عن حكمها أحياناً نزولاً عند مقتضيات المصلحة العامة. فتدخل للحد من تعدد الزوجات أو منعه ولتقييد حرية الطلاق أو سلبها إلا في حالة الضرورة القصوى ولتحديد النسل ولتنظيم حق الحضانة أو الولاية وللمعاودة النظر في حق الميراث وجودة أو تطبيقاً أو تعديلاً لأحكامه.





## الفصل الثامن

### موقف التشريع العراقي في ظل ثورة (١٧ / ٣٠ تموز)

#### من المذهبين الفردي والاشتراكي

يقضي تبين التشريع العراقي المعاصر من المذهبين الفردي والاشتراكي أن نحدد موقف كل من الدستور العراقي المؤقت القائم وموقف القانون العراقي كذلك حيال المذهبين.

#### موقف الدستور العراقي المؤقت القائم من المذهبين:

إن الكفاح من أجل إقامة مجتمع اشتراكي يهدف لقانون إلى تحقيقه ودعمه أمر أكد عليه الدستور المؤقت الحالي الصادر من مجلس قيادة الثورة بالقرار المرقم ٧٩٢ والمتخذ في جلسته المتعقدة في ١٦ / ٧ / ١٩٧٠ والمنشور في العدد رقم ١٩٠٠ من الوقائع العراقية في ١٩ تموز سنة ١٩٧٠ فقد نصت مادته الأولى على أن (العراق جمهورية ديمقراطية شعبية ذات سيادة هدفه الأساس تحقيق الدولة العربية الواحدة وإقامة النظام الاشتراكي) وقضت مادته العاشرة بأن (التضامن الاجتماعي هو الأساس الأول للمجتمع ومضوعه أن يؤدي كل مواطن واجبه كاملاً تجاه المجتمع وإن يكفل المجتمع للمواطن كامل حقوقه وحرياته) وجاء في مادته الثانية عشرة: (تتولى الدولة تخطيط وتوجيه الاقتصاد الوطني بهدف: أ- إقامة النظام الاشتراكي على أسس علمية وتربية ب- تحقيق الوحدة الاقتصادية العربية) وورد في مادته الثالثة عشرة: (الثروات الطبيعية ووسائل الإنتاج الأساسية ملك الشعب تستمرها السلطة المركزي في الجمهورية العراقية استثماراً مباشراً وفقاً لمقتضيات التخطيط العام للاقتصاد الوطني) ونصت الفقرة الأولى من المادة السادسة عشرة على أن (الملكية وظيفة اجتماعية تخضع في حدود أهداف المجتمع ومناهج الدولة وفقاً لأحكام القانون) وقضت المادة التاسعة عشرة بما يأتي: (أ- المواطنون سواسية أما القانون دون تفرق بسبب الجنس أو العرق أو اللغة أو المنشأ الاجتماعي أو الدين. ب- تكافؤ الفرص لجميع المواطنين مضمون في حدود القانون) وورد في المادة السابعة والعشرين مايلي: (أ- تلزم الدولة بمكافحة الأمية وتكفل حق التعليم بالمجان في مختلف مراحل الابتدائية والثانوية والجامعية للمواطنين كافة ب- تعمل الدولة على جعل التعليم الابتدائي إلزامياً وعلى التوسع في التعليم المهني والفني في المدن والأرياف وتشجع بوجه خاص التعليم الليلي الذي يمكن الجماهير الشعبية من الجمع بين العلم والعمل) وقررت المادة التاسعة والعشرون (تعمل الدولة على توفير أسباب التمتع

بمميزات المدنية الحديثة للجماهير الشعبية وتعميم المعطيات التقدمية للحضارة المعاصرة على المواطنين كافة) كما قررت المادة الثلاثون ما يأتي: (أ- الوظيفة العامة أمانة مقدسة وخدمة اجتماعية قوامها الالتزام المخلص الواعي بمصالح الجماهير وحقوقها وحرياتها ووفقاً لأحكام الدستور والقانون. ب- المساواة في تولي الوظائف العامة يكلفها القانون). وجاء في البداة الثانية والثلاثين ما يلي: (أ- العمل حق تكفل الدولة توفيره لكل مواطن قادر عليه ب- العمل شرف وواجب مقدس على كل مواطن قادر عليه تستلزمه ضرورة المشاركة في بناء المجتمع وحمايته وتطويره وإزدهاره. ج- تكفل الدولة تحسين ظروف العمل ورفع مستوى العيش والخبرة والثقافة لجميع المواطنين العاملين. د- تكفل الدولة توفير أوسع الضمانات الاجتماعية للمواطنين كافة في حالات المرض أو العجز أو البطالة أو الشيخوخة. هـ - تعمل الدولة على إعداد المناهج وتأمين الوسائل الضرورية التي تمكن المواطنين العاملين من قضاء أجازاتهم في جو يساعدهم على تحسين مستواهم الصحي وتنمية مواهبهم الثقافية والفنية). وقضت المادة الثالثة والثلاثون بما يأتي: (تلتزم الدولة بحماية الصحة العامة عن طريق التوسع المستمر بالخدمات الطبية المجانية في الوقاية والمعالجة والدواء على نطاق المدن والأرياف) ونصت المادة السادسة والثلاثون على أنه: (يحظر كل نشاط يتعارض مع أهداف الشعب المحددة في هذا الدستور وكل عمل أو تصرف يستهدف تفتيت الوحدة الوطنية للجماهير الشعب أو إثارة التفرقات العنصرية أو الطائفية أو الإقليمية بين صفوفها أو العدوان على مكانتها ومنجزاتها التقدمية).

ورأى أن هذه المواد التي انتقناها من الدستور وذكرناها والتي تناولت بالتحديد شكل نظام الحكم والأسس الاجتماعية والاقتصادية للجمهورية العراقية وبعض الحقوق والواجبات الأساسية جاءت متشعبة بالترجمة الاشتراكية هادفة إلى إعلاء شأن المصلحة العامة واسعة الخطوط العامة لإقامة مجتمع اشتراكي عراقي.

ومع ذلك فإن الاشتراكية التي رعى الدستور المؤقت إلى إقامة المجتمع على أسسها ليست في نظرنا الاشتراكية العلمية بمعناها الدقيق المطلق وإنما هي اشتراكية تتلقف من الاشتراكية العلمية كثيراً من أسسها وملاعها وتتأثر بظروف المجتمع العراقي وقيمه وتؤمن بالفرد إلى مدى ما ولا أدل على ذلك مما جاء في المادة الرابعة من الدستور بنصها على أن: (الإسلام دين الدولة) وما ورد في مواد أخرى فيه اعتدت بحقوق الفرد وحرياته ولم تجز التضييق بها إلا استجابة لقتضيات المصلحة العامة فقد جاء في المادة السادسة عشرة ما يأتي: (الملكية الخاصة

والحرية الاقتصادية الفردية مكفولتان في حدود القانون على أساس عدم استثنائها فيما يتعارض أو يضر بالشخطيط الاقتصادي العام.

ج - لا تنتزع الملكية الخاصة إلا لمقتضيات المصلحة العامة ووفق تعريض عادل حسب الأصول التي يحددها القانون.

د - الحد الأعلى للملكية الزراعية يعينه القانون وما فاض من ذلك يعتبر ملكاً للشعب. وورد في المادة السابعة عشرة: (الإرث حق مكفول ينظمه القانون) وقضت المادة الخامسة والعشرون بما يأتي: (حرية الأديان والمعتقدات والشعائر الدينية مكفولة على أن لا يتعارض ذلك مع أحكام الدستور والقوانين وإن لا يناق الأداب والنظام العام) ونصت المادة السادسة والعشرون على ما يأتي: (يكفل الدستور حرية الرأي والنشر والاجتماع والتظاهر وتأسيس الأحزاب السياسية والنقابات والجمعيات وفق أغراض الدستور وفي حدود القانون. وتعمل الدولة على توفير الأسباب اللازمة لممارسة هذه الجمعيات لنشاطها التي تتسجم مع خط الثورة القومي والتقدمي).

#### موقف القانون العراقي من المذهبين الضدي والاشتراكي:

لقد حدد التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي طبيعة وأهداف ثورة ١٧ تموز سنة ١٩٦٨ بقوله: (إن ثورة السابيع عشر من تموز سنة ١٩٦٨ هي في جوهرها وغايتها ثورة تحررية ديمقراطية اشتراكية وحدوية) ص ١٣. والحق أن ثورة السابيع عشر من تموز التي قادها حزب البعث العربي الاشتراكي تعتبر الاشتراكية ضرورة حاسمة لتحقيق تحرير الأمة العربية ووحدةها ونهضتها وتجهدها إلى نشر القيم الاشتراكية وتجهيدها ابتغاء زيادة الإنتاج وعدالة التوزيع والقضاء على أسباب الاستغلال ومظاهره وعو القوارق الطبقية والتقليل جهد المستطاع من القوارق الاقتصادية وتصفية بقايا الطبقة الإقطاعية واسترداد ثروات الشعب التي غنمها الإمبريالية والشركات الأجنبية الاحتكارية ولما كان القانون هو الانعكاس للأفكار والمصالح الاقتصادية السائدة في المجتمع وهو الأداة الطبيعية بيد القيادة السياسية لتحقيق أهداف الثورة فقد أقدمت قيادة الحزب والثورة على قيادة عملية تغيير بعض التشريعات القائمة بصورة مستمرة وصدرت بالفعل قوانين ذات أهمية بالغة في النواحي الاقتصادية والاجتماعية والسياسية فأصدرت الدولة قانون الإصلاح الزراعي الجديد رقم (١١٧) سنة ١٩٧٠ الذي أحدث تغييراً خطيراً في ملكية الأراضي الزراعية وأدى إلى

توسيع كبير في ملكية القطاع الاشتراكي وفي نطاق العمل صدر قانون التقاعد والضمان الاجتماعي رقم (١١٢) لسنة ١٩٦٩ الذي ألغى قانون (١٤٠) لسنة ١٩٦٤ وطور أحكامه. ثم نوجت المكاسب العمالية والشريعات الاجتماعية للعمال يصدر قانون العمل الجديد رقم (١١٥) لسنة ١٩٧٠ الذي أحدث تغييرا خطيرا في الأحكام فغير من طبيعة عقد العمل وحقق للعمال مزايا هامة. وفي القطاع التجاري صدر القانون رقم (٧٦) لسنة ١٩٦٩ الذي يقضي بتأسيس مؤسسة عامة للتصدير تهتم بأموره ثم صدر قانون رقم (٢) لسنة ١٩٧٠ الذي أنشأت الدولة بموجبه مجلسا أعلى لتنظيم التجارة الداخلية والخارجية وغول مهمة رسم السياسة التجارية بما يكفل تطوير ومعاية الاقتصاد الوطني ووسع الاحتكار والتلاعب بالأسعار ويعمل على توفير السلع والخدمات للمواطنين بأسعار مناسبة.

وقد وافق إصدار هذين القانونين إصدار جملة من الأنظمة والقرارات دعمت مركز القطاع الاشتراكي التجاري وقلصت مجالات القطاع الخاص. أما في قطاع النفط فقد شجع العراق بحكمة قيادته وصموده واستطاع أن يسترد عزته وإن يسترجع ثروته النفطية التي عثت بها الاحتكارات الأجنبية وغبتها فقد أقدمت القيادة السياسية بعد طول مفاوضات ونفاذ صبر واستجابة منها إلى الشعور الوطني على إصدار قانون تأمين عمليات شركة نفط العراق رقم (٦٩) لسنة ١٩٧٢ الذي وجه ضربة خطيرة إلى الاحتكار النفطي العالمي. وأوسى دعامة ثابتة من دعائم الاستقلال الاقتصادي والتطور الصناعي والكرامة الوطنية. ثم ما لبثت قيادة الحزب والثورة أن ألحقت بهذا القانون قوانين أعادت إلى الوطن بقية ثروته النفطية المنهوبة مما كل من قانون رقم (٧٠) لسنة ١٩٧٣ الذي تأمنت بمقتضاه الحصة الشائعة في شركة نفط البصرة وقانون رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٣ الذي تأمنت بموجبه حصة شركة النفط الكويتية وقانون رقم (٢٠٠) لسنة ١٩٧٥ الذي أجهز على بقايا الاستغلال الأجنبي لنفطنا فأتم عمليات شركة نفط البصرة المحددة وقد تجاوزت تشريعات الثورة هذه المجالات إلى مختلف نواحي الحياة مستهدفة إقرار العدل واستتصال الاستغلال وترسيخ القيم. وكان من تشريعاتها الهامة قانون تنظيم إيجار العقار رقم (٦٧) لسنة ١٩٧٣ المعدل بقانون رقم (٨٦) لسنة ١٩٦٨ والقانون رقم (٨٧) لسنة ١٩٦٩ وقانون تنظيم الملكية الزراعية في منطقة كردستان المشمولة بالحكم الذاتي رقم (٩٠) لسنة ١٩٧٥ وقانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم (٥١) لسنة ١٩٧٦ وقانون تنظيم الحد الاقتصادي للأراضي الزراعية



رقم (١٣٧) لسنة ١٩٧٦. وقانون محو الأمية الإلزامي لسنة ١٩٧٨.

ومع التسليم بالأهمية البالغة للتشريعات المشار إليها والتي أصدرتها قيادة ثورة السابع عشر من محو الخالدة إلا أن مسيرة الثورة نحو بناء المجتمع الاشتراكي ظلت تعرقها طائفة من القيم المتخلفة التي تشبعت بها بعض التفتيات القائمة وفتة من التشريعات الناقلة التي عززت عن أيديولوجية الطبقات الحاكمة أو ذات النفوذ في عهد الرجعية والحق أن تحقيق أهداف الثورة في إقامة دولة عصرية تركز على نظرية قوية اشتراكية وديمقراطية شعبية تنبع من فهمنا وترتيبنا يظرونا وأهدافنا وترعى الناصح من ترانسا. يقتضي خلق قيم ومفاهيم جديدة باتجاه تطور حضاري وإنساني معين تصاغ في قواعد قانونية ترسم الإطار التنظيمي للمجتمع الاشتراكي العربي الديمقراطي وتحكم تصرفات الإنسان الجديد الذي ينبغي أن يستوعب طبيعة التحولات الاجتماعية والاقتصادية الجارية في قطرها ولذلك كان لابد من إجراء مسح للتشريعات النافذة وتقييمها لتحديد ما يمكن إنقاؤه أو تعديله أو إلغاؤه منها. وكان لا مفر من وضع الأسس والمبادئ التي ينبغي أن يقوم عليها القانون لينسجم وفلسفة الثورة ويستجيب لمطالبات عملية التنمية القومية ويجعل في مسيرة الحياة الاجتماعية والاقتصادية نحو التغيير النوعي والكمي.

لقد هبت وزارة العدل بتوجيه من القيادة السياسية إلى العمل على إقامة نظام قانوني جديد متكامل يحقق التغيير في بنية المجتمع القديم ويكفل الانطلاق نحو بناء المجتمع الاشتراكي العربي الديمقراطي فتألفت لجان برئاسة السيد وزير العدل ضمنت نخبة من كبار رجال القانون. قضاة وأستاذة لمعالجة مجموعات تشريعية رئيسة هي التشريعات المدنية والتشريعات الجزائية والتشريعات الاقتصادية والتجارية والتشريعات الإدارية والسياسية وقد أسفر مجهود هذه اللجان الذي استغرق من الوقت زهاء عامين عن وضع ورقة عمل أصلاح النظام القانوني التي نوقشت في ندوة عامة من قبل رجال القانون في شهر شباط لسنة ١٩٧٦ وأقرت من قبل مجلس قيادة الثورة بقانون أصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧ الذي يوجب على رجال القانون وطلابه كافة الاطلاع عليه وتفهم ما تضمنته من أسس ومبادئ وأهداف لقد حددت ورقة عمل أصلاح النظام القانوني أسس أصلاح النظام وأهدافه ووسائله وفيدت المشرع العراقي بكل ما احتوته من مبادئ وقواعد وأضحت ركيزة يركز على مفاهيمها كل قانون يصدر أو تشريع يسن ودعت إلى معاودة النظر في القوانين السابقة لإلغاء

ما لا يتفق وأهداف الثورة ومتطلبات التنمية القومية وتعديل ما يمكن تقويمه وإصدار ما يفي بمقتضيات الانتقال إلى الاشتراكية وبشكل مقومات الديمقراطية الشعبية وقد تابعت وزارة العدل خطواتها بتشجيع وتوجيه من القيادة السياسية فانتقلت من مرحلة إعداد ورقة العمل بما تضمنت من أسس إصلاح النظام وأهدافه إلى مرحلة تنفيذ الإصلاح عن طريق التشريع فألفت اللجان الرئيسية لإعداد التقنيات الجديدة وفي مقدمتها التقنين المدني والتقنين العقابي ولبن طائفة من التشريعات الهامة وقامت بإصدار بعضها استهدفت منها تحقيق العدل وتبسيط الإجراءات ورعاية المصالح كقانون الإثبات الصادر سنة ١٩٧٩ وقانون الرعاية الاجتماعية لسنة ١٩٨٠ وقانون رعاية القاصرين لسنة ١٩٨٠ وقانون النقل وقانون الشركات وقانون رعاية الأحداث الصادرة عام ١٩٨٣ كما صدر التقنين التجاري الجديد ونحن في انتظار صدور التقنين الرئسي وهما القانون المدني وقانون العضويات اللذين تم إعداد مشروعيهما.

يتضح مما تقدم أن العراق يعيش الآن مرحلة قانونية دقيقة تطوى فيها صفحة لتضييع صفحة أخرى في حياتنا القانونية القائمة وستنتهي بإصدار تقنيات قد تلغي التقنيات النافذة أو تجري فيها تعديلاً جزئياً أو جذرياً وإن حلول هذه المرحلة يعتبر إيداعاً بالفقهاء على القسيم الاقطاعية والراشمالية والقبلية والطائفية وخاتمة حياة القوانين التي عبرت عن أيديولوجية الطبقات الرجعية وسخرت لخدمة مصالح الفئات المستغلة.

## الباب الرابع

### اقسام القانون

#### الفصل التاسع: فروع القانون

#### الفصل العاشر: تقسيمات قواعد القانون

#### تمهيد:

بالنظر إلى اختلاف طبيعة الروابط القانونية التي تحكمها قواعد القانون فقد قسمت القواعد القانونية إلى مجموعات متجانسة تحكم كل منها حقلاً من حقول النشاط القانوني وأطلق على كل مجموعة منها اسم فرع القانون كما أن قواعد القانون تنقسم تقسيمات أخرى تختلف باختلاف الزوايا التي تنظر منها إليها فهي تنقسم إلى مجموعات من حيث درجة إلزامها أو من حيث مصدرها أو من حيث النطاق الإقليمي أو من حيث موضوعها. وسنوزع هذا الباب على فصلين. نعتد أولها للكلام في فروع القانون ونفرد ثانيها لعرض تقسيمات قواعد القانون.





## الفصل التاسع

### فروع القانون

يقصد بفرع القانون مجموعة القواعد التي تحكم حقلاً واحداً من حقول الحياة الاجتماعية وتنظم روابط ذات طبيعة واحدة كالقانون المدني والقانون التجاري والقانون الدستوري؛ ذلك لأن كل منها يحكم جانباً من جوانب الحياة الاجتماعية وتنظم قواعده روابط من طبيعة سواء وقد استقر في الفقه تقسيم تقليدي للقانون هو تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص وقد عرف الرومان هذا التقسيم فقد كانوا ينظرون إلى الدولة باعتبارها سلطة عامة تعمل للمصالح العام الذي يعلو على المصالح الخاصة وترك الحرية للأفراد لتحقيق مصالحهم عند عدم تعارضها مع المصلحة العامة ولذلك ميزوا بين الروابط التي تظهر فيها الدولة طرفاً وبين الروابط التي تنشأ بين الأفراد وقد تضاؤل شأن هذا التقسيم في القرون الوسطى بسبب ضعف الدولة وسيادة الإقطاع وتعدد الهيئات صاحبة السلطان في المجتمع ثم ما لبث هذا الضخم أن برز ثانية أبان سيادة المذهب الفردي منذ أواخر القرن الثامن عشر وإذا كان التقسيم التقليدي الثنائي للقانون يحظى بتأييد جانب كبير من الفقه المعاصر إلا أن ثمة اتجاهات برزت في الفقه الحديث تعارضه وسنعرض فيما يلي بالبحث الموجز لكل من التقسيم الثنائي التقليدي والاتجاهات المناهضة له.

### التقسيم الثنائي التقليدي للقانون

يتأخر هذا التقسيم أغلب الفقه المعاصر ويمقتضاه يضم القانون قسمين رئيسيين هما القانون العام والقانون الخاص ولكن الفقه اختلف في تحديد معيار للتمييز بينهما وأفضل معيار للتمييز بينهما في رأينا وهو معيار يؤيد الجانب الأكبر من مناهزي التقسيم الثنائي هو المعيار الذي يعتد بعنصر السلطة العامة التي يتصف بها أحد طرفي الرابطة وفي ضوء ذلك تعرف الفرعين الرئيسيين للقانون على النحو الآتي:

فنعرف القانون العام بأنه مجموعة القواعد التي تحكم الروابط التي تظهر فيها الدولة باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان في المجتمع طرفاً أما القانون الخاص فيعني مجموعة القواعد التي تحكم الروابط الناشئة بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة على اعتبارها شخصاً معنوياً عادياً.

### نتائج التمييز بين القانون العام والقانون الخاص:

لما كان معيار التمييز بين القانون العام والقانون الخاص الذي يفضل غيره من المعايير هو تعلق الرابطة التي تحكمها قواعد القانون بحسب السيادة ووجود الدولة أو إحدى هيئاتها باعتبارها صاحبة السلطة العامة في المجتمع طرفاً فيها فإن ثمة نتائج هامة تنبثق عن التمييز بين القانون العام والقانون الخاص أبرزها ما يأتي:

(١) تتمتع السلطات العامة في الدولة بامتيازات يخولها لها القانون العام لا نجد نظيرها في القانون الخاص، منها حقها في إصدار قرارات تؤثر في حقوق ومراكز الأفراد وتمكنها من فرض تكاليف على الأفراد كترع ملكية عقار للمنفعة العامة أو الاستيلاء المؤقت على مال يملكه الأفراد ومنها حقها في التنفيذ المباشر خلافاً للأفراد الذين لا بد لهم من الانجلاء إلى القضاء للحصول على حقوقهم ومنها أن السلطة العامة لا تقف على قدم المساواة مع الأفراد عند تعاقدها معهم إذ يخولها القانون حق توقيع الجزاء على من يخل من الأفراد بشروط التعاقد ولها أن تعدل في شروط العقد في حالات معينة.

(٢) تخضع الأموال التي يملكها أشخاص القانون العام في الدولة لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني الذي يحكم الأموال الخاصة للأفراد فلا يجوز التصرف في الأموال العامة أو الحجز عليها كما لا يجوز تملكها بالتقادم وذلك ضماناً لدوام المنفعة العامة التي خصصت هذه الأموال من أجل تحقيقها كما أن الأموال الخاصة التي تملكها الدولة تخضع لنظام قانوني يختلف عما يحكم ملكية الأفراد من نظام ويقترب من نظام الملكية العامة.

(٣) تختلف أحكام مسؤولية أشخاص القانون العام ومسؤولية التابعين لهؤلاء الأشخاص عن الأحكام القانونية لمسؤولية أشخاص القانون الخاص.

(٤) تخضع علاقات الدولة بعاملها لقواعد قانونية تختلف عن تلك التي تحكم علاقات أرباب العمل والعمال في القانون الخاص فلا يتمتع عمال المرافق العامة بحسب الإضراب أو التوقف عن العمل وذلك ضماناً لديمومة سير المرافق العامة خلافاً للعمال في نطاق القانون الخاص الذين ثبت لهم هذه الحقوق.

(٥) ظهور قضاء مستقل عن القضاء العادي هو القضاء الإداري للفصل في المنازعات الناشئة في نطاق القانون العام ويتمتع القضاء الإداري بمكانة مرموقة في بعض الدول كفرنسا ومصر ويوصف بأنه قضاء إنشائي يتدع الحلول القانونية ويعد من أهم مصادر القانون الإداري أما المنازعات في نطاق القانون الخاص فتخضع جميعها للقضاء العادي.

٦) لا يجوز الاتفاق على مخالفة قواعد القانون العام لارتباطها بسيادة الدولة ولكونها جميعاً قواعد أمره أما قواعد القانون الخاص فيجوز الاتفاق على مخالفة البعض منها باعتبارها قواعد مكملّة أو مقصورة للإرادة، وإن وجد من قواعد القانون الخاص ما يعتبر أمراً لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

٧) يتم تفسير روابط القانون العام في ضوء المصلحة العامة دائماً أما روابط القانون الخاص فيقوم تفسيرها في الأصل على التحري عن نية المتعاقدين.

#### فروع القانون العام:

إن الروابط التي تحكمها قواعد القانون العام تبدو في صور شتى فقد تنشأ الرابطة بين دولة وبين دولة أو دول أخرى وقد تنشأ الرابطة بين دولة وبين فرد وقد تنشأ بين هيئات الدولة الواحدة. ولذلك يتفرع القانون العام إلى فرعين رئيسيين هما: القانون العام الخارجي والقانون العام الداخلي ومعياري التمييز بينهما هو دائرة نشوء هذه الروابط فإن تجاوزت الرابطة حدود إقليم الدولة اعتبرت من روابط القانون العام الخارجي، وإن نشأت في نطاق إقليم الدولة خضعت لقواعد القانون العام الداخلي.

#### أ- القانون العام الخارجي:

وهو مجموعة القواعد التي تنظم الروابط التي تبدو فيها الدولة طرفاً والتي تتجاوز حدود إقليمها وتنظم القانون العام الخارجي فرعاً واحداً من فروع القانون هو القانون الدولي العام.

#### تعريف القانون الدولي العام وتاريخ نشوئه:

يعرف القانون الدولي العام بأنه مجموعة القواعد التي تنظم الروابط بين الدول في حالتي السلم والحرب ويحكم نشوء المنظمات الدولية والإقليمية وعلاقاتها. وينسب الفضل في نشوئه إلى الفقيه الهولندي جروشيوس الذي وضع جملة من القواعد التي تنظم الروابط بين الدول والتي استمدّها من مبادئ القانون الطبيعي والأعراف الدولية وأصدرها في كتابه الشهير (قانون الحرب والسلم) سنة ١٦٢٥. ثم تضافت قواعده واتسع نطاقه وتعددت مضامره.

## مضمونه:

يضم القانون الدولي العام الموضوعات الآتية:

١) قانون السلم: الذي يتناول ما يأتي: تعريف الدول من حيث تكوينها وبيان إقليمها وأنواعها بسيطة أو مركبة تامة السيادة أو ناقصةها وبين حقوقها وواجباتها كحق الدولة في البقاء وحقوقها في الحرية والسيادة وحقوقها في المساواة والاحترام المتبادل مع الدول الأخرى ومسؤوليتها والتحمل السياسي فيما بينها ودرجاته وأوضاعه والمعاهدات والاتفاقات والمؤتمرات وينظم العلاقات التجارية والثقافية والتعاون العلمي فيما بينها ويتناول بالبيان طرق فض النزاع بين الدول بالوسائل السلمية كالوساطة والتوفيق والتحكيم والمفاوضات واللجوء إلى القضاء الدولي كما يبين هذا القانون الأسس التي تتعرض فيها الدولة للمسؤولية الدولية.

٢) قانون الحرب: ويتولى تنظيم الروابط الدولية عند نشوب الحرب فيبين حقوق وواجبات الدول المتحاربة في كيفية إعلان الحرب وسيرها ونهايتها والأسلحة الجائز استعمالها والأسلحة المحرمة ويحدد معنى كل من الحرب المشروعة وغير المشروعة وينظم طرق معاملة أسرى الحرب ومعاملة المدنيين في المناطق التي يتم احتلالها ويعني كذلك ببيان حقوق الدول المحايدة، وواجباتها وأحكام اتفاقات الهدنة والصلح وإنهاء الحرب.

٣) قانون التنظيم الدولي أو المنظمات الدولية: الذي يعني تنظيم المنظمات الدولية والإقليمية من حيث تشكيلها وأهدافها وإجراءاتها وعلاقتها فيما بينها أو علاقتها بمختلف الدول في أعبائها المالية وغير المالية وقد برزت أهمية هذه المنظمات وتكاثر عددها في الحقبة الأخيرة فظهرت عقب الحرب العالمية الأولى عصبة الأمم وعكسة العدل الدولية الدائمة ومنظمة العمل الدولية. كما ظهرت بعد الحرب العالمية الثانية هيئة الأمم المتحدة وما يتبعها من هيئات أو مجالس كمجلس الأمن ومجلس الوصاية والمجلس الاقتصادي والاجتماعي وعكسة العدل الدولية ومؤسسة الثقافة العالمية (اليونسكو) وبنك الإنشاء والتعمير ومنظمة رعاية الطفولة ووكالة غوث اللاجئين كما نشأ الكثير من المنظمات الإقليمية كمظمة الجامعة العربية ومنظمة الوحدة الإفريقية ومنظمة دول عدم الانحياز ومنظمة المؤتمر الإسلامي ومنظمة الدول الأوروبية المشتركة ومنظمة الدول المصدرة للبترول (أوبك) ومنظمة الدول العربية المصدرة للبترول (أوابك).



#### مصادره:

أشارت كل من المادة السابعة من اتفاقيات لاهاي سنة ١٩٠٧ الخاصة بإنشاء محكمة  
الغنائم الدولية والمادة الثانية والثلاثون من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة  
سنة ١٩٢٠ والمادة الثامنة والثلاثون من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية سنة ١٩٤٥  
إلى المصادر الرسمية لقواعد القانون الدولي العام. فقد قضت الفقرة الأولى من المادة (٣٨)  
من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن على المحكمة أن تطبق للفصل في  
المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي ما يأتي: حسب تسلسل الأهمية:  
(١) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب  
الدول المتنازعة.

(٢) العادات الدولية المتبعة بعناية قانون دل عليه توافر الاستعمال.

(٣) مبادئ القانون العام التي أقرتها الأمم المتحدة.

(٤) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام على اعتبارهما مصدرين  
احتمائيين لقواعد القانون.

وقضت الفقرة الثانية من المادة نفسها بأن ما تضمنته الفقرة الأولى لا يخل بها للمحكمة من  
سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك.  
يتضح مما تقدم أن مصادر القانون الدولي العام على نوعين أولهما المصادر الأصلية وهي:  
الاتفاقات الدولية والعادات الدولية ومبادئ القانون العام التي أقرتها الأمم المتحدة ومبادئ  
العدل والإنصاف على أن يتم الرجوع إليها بموافقة الأطراف وثانيهما المصادر الاحتمالية  
وهما أحكام القضاء الدولي وآراء فقهاء القانون العام في مختلف الأمم كما يتضح منه أن  
العرف الدولي يحمل منزلة سامية بين المصادر الأصلية وأنه يلي الاتفاقات الدولية مرتبة.

#### ب- القانون العام الداخلي:

ويشمل القانون العام الداخلي فروع القانون الآتية:

#### أولاً- القانون الدستوري:

تعريفه وتاريخ نشوئه: هو مجموعة القواعد القانونية الأساس التي تحدد شكل الدولة  
ونوع الحكومة وكيفية تنظيم سلطاتها العامة في تكوينها واختصاصاتها وعلاقاتها فيما بينها

وتقرر حقوق الأفراد الأساس وعلاقتهم بالدولة وسلطانها العامة ويعتبر القانون الدستوري القانون الأساس في الدولة الذي يتفرق على جميع تشريعاتها منزلة فلا يجوز أن يخالفه أي قانون في الدولة أو تشريع فرعي.

وينسب الفضل في نشوئه إلى بعض فلاسفة القرن الثامن عشر الذين اتخذوا من مبادئ القانون الطبيعي أساساً لتنظيم الروابط بين الحكام وبين أفراد شعوبهم. ومن نظرية العقد الاجتماعي وسيلة لتصوير هذه الروابط وفي مقدمتهم الكاتب الفرنسي جان جاك روسو الذي ينسب إليه الفضل في وضع المفاهيم الديمقراطية وفي مقدمتها مبدأ سيادة الشعب في كتابه الشهير (العقد الاجتماعي) الذي نشره سنة ١٧٧٢.

#### مضمونه:

يشتمل القانون الدستوري على الموضوعات الآتية:

(١) تحديد طبيعة وشكل الدولة موحدة كانت أم مركبة وتحديد نوع الحكومة جمهورية كانت أم ملكية ديمقراطية أم استبدادية رئاسية أم برلمانية.

(٢) تنظيم السلطات العامة التي تتكون منها الدولة واختصاصاتها وهي ثلاث سلطات السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية فقد يباشر السلطة التشريعية الشعب بنفسه كما هو الوضع في نظام الحكومة المباشرة وقد يباشرها عن الشعب شخص واحد أو هيئة تمثل الشعب. أما السلطة التنفيذية فيباشرها رئيس الدولة بمعاونة حكومته أما السلطة القضائية فيباشرها المحاكم ويرسم علاقة هذه السلطات ببعض فقد يأخذ بمبدأ الفصل التام بين هذه السلطات. أو يأخذ بمبدأ التعاون فيما بينها.

(٣) بيان الحقوق الفردية الأساس التي يتمتع بها الأشخاص في إقليم الدولة وهو ما يطلق عليه اسم حريات الأفراد أو الحريات العامة كالحرية الشخصية وحرية التملك وحرية الرأي وحرية العقيدة وحرية الاجتماع وحرية التنقل.

ويقرر مبدأ تكافؤ الفرض والمساواة في جميع مزايا الحياة الاجتماعية التي توفرها الدولة للأفراد وفي التكاليف التي تفرضها عليهم كالخدمة العسكرية والضرائب.

مصادره: يعتبر العرف الدستوري المصدر الوحيد للدستور العرفي وإن جاز أن يضم إليه التشريع ويعتبر التشريع المصدر للدستور المكتوب وإن جاز أن يضم إليه الأعراف الدستورية.

## ثانياً - القانون الإداري:

تعريفه وتاريخ نشوئه: هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم حركة السلطة التنفيذية في أداء وظيفتها الإدارية وتحدد الوسائل التي تمكن الأفراد من حل هذه السلطة على أداء واجبها في هذا المجال.

وينسب الفضل في نشوئه إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي أنشأته الدولة في النصف الثاني من القرن التاسع عشر ليختص بالقضاء الإداري.

### مضمونه:

تقوم السلطة التنفيذية بوظيفتها الإدارية بتقديم الخدمات العامة للأفراد عن طريق القيام بمشروعات عامة تنشؤها الدولة. وتنظمها وتديرها وتسمى هذه المشروعات بالمرافق العامة. وتتولى السلطة التنفيذية شؤون هذه المرافق العامة بواسطة الحكومة المركزية أو الهيئات الإقليمية أو المحلية. وتتأسس قواعد القانون الإداري على هذه الوظيفة لتشمل على الموضوعات الآتية:

(١) تشكيل الجهاز الإداري من وزارات ومصالح وإدارات وأقسام وهيئات إقليمية ومؤسسات عامة. وعمل هذه الأجهزة المختلفة من موظفين وبيانات حقوقهم وواجباتهم ورواتبهم وانتهاء خدمتهم وتأديبهم.

(٢) بيان علاقة السلطة المركزية بالسلطات المحلية. فيحدد السلطات الإدارية داخل الدولة وهي ثلاث سلطات: السلطة الإدارية المركزية والسلطة الإدارية المرفقية والسلطة الإدارية المحلية ويمرر القانون الإداري لنظام الحكم المحلي في شأن العلاقة بين السلطة الإدارية المركزية والسلطة الإدارية المحلية وتوجد مسيلتان لتنظيم هذه العلاقة أولاهما: وسيلة المركزية وثانيهما اللامركزية.

(٣) تحديد أنواع الخدمات العامة التي تقدمها السلطة التنفيذية والمرافق العامة التي تتولاها من حيث كيفية إدارتها واستغلالها وأداء الخدمات العامة عن طريقها والبيادى العامة التي تخضع لها كمبدأ دوام سيرها.

(٤) أموال المرافق العامة العقارية والمنقولة التي تستخدمها السلطات العامة في إدارة هذه المرافق فيحدد معنى المال العام وكيف تتغير صنفته إلى مال خاص وبالعكس والنظام القانوني الذي تخضع له هذه الأموال وكيفية إدارتها والانتفاع بها.

٢٥ بيان الأعمال الإدارية ليحدد أولاً مفهوم القرارات الإدارية وأنواعها ويحدد ثانياً الأعمال الإدارية المادية ويعرض أخيراً للعقود الإدارية فيبين كيفية انعقاد العقد الإداري وشروطه وآثاره.

٢٦ تحديد امتيازات السلطة الإدارية وهي السلطة التقديرية وحق التنفيذ المباشر وحق الإدارة في نزع ملكية العقارات المملوكة للأفراد أو الاستلاء عليها مؤقتاً.

٢٧ القواعد المنظمة لكيفية الفصل في المنازعات التي تقوم بين الدولة وهيئاتها العامة وبين الأفراد في شأن نشاط الإدارة.

مصادره: لتحديد مصادر القانون الإداري بالتشريع والقضاء والعرف. وبالنظر لحداثة هذا القانون وقلة التشريع فيه فإن القضاء والعرف يعتبران من المصادر الرسمية الهامة له ويحتل القضاء الإداري منزلة سامية في نطاقه ويمكن القول أن القانون الإداري بصطيغته يصبغة قضائية فالقضاء ينهض ليدفع التشريع بما أوتي من حرية فيستخلص من المبادئ ما يراه للفصل في المنازعات المعروضة أمامه ويقوم مجلس الدولة في فرنسا ومصر بمساحبة الولاية العامة في قضايا الإدارية بما يمارسه من رقابة على المحاكم الإدارية على بلورة الاتجاهات وترجيدها وصنع القواعد الإدارية استقرارها.

### ثالثاً- القانون المالي:

تعريفه: هو مجموعة القواعد المنظمة لإيرادات الدولة وهيئاتها العامة ومصرفاتها وإجراء الموازنة بينها.

وقد كان القانون المالي يعتبر حتى عهد قريب ملحقاً بالقانون الإداري على اعتبار أنه ينظم الجانب المالي لنشاط الإدارة باعتبارها سلطة عامة. ثم استقل بعدئذ ليبدو فرعاً من فروع القانون بالنظر لعدد موضوعاته وتشعبها.

مضمونه: يشمل القانون المالي على الموضوعات الآتية:

١) بيان الموارد المختلفة من رسوم وضرائب وفروض وكيفية تحصيله وما يؤول إلى الدولة من استثمار أموالها أو ما تنصرف فيه من هذه الأموال.

٢) نفقات الدول وطرق الإنفاق ويشمل ما تنفقه الدولة على المرافق العامة التي تقوم بها كالمدفوعات والأمن والتعليم والصحة والقضاء.



٣) القواعد التي تتبع في تحضير الميزانية السنوية للدولة وفي تنفيذها وفي الرقابة على هذا التنفيذ.  
مصادره: يعتبر التشريع المصدر الفردي للقانون المالي فلا يجوز فرض ضريبة أو جناية رسم  
إلا بنص تشريعي.

#### رابعاً القانون الجنائي أو القانون الجزائي:

ينقسم القانون الجنائي إلى قسمين هما قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية  
أو قانون الإجراءات الجنائية.

##### ١- قانون العقوبات أو القانون العقابي:

تعريفه: هو مجموعة القواعد التي تحدد الأفعال المحرمة التي تعتبر جرائم وكيفية تحقق  
المسؤولية الجنائية وتحديد العقوبة المقررة لكل جريمة.

مضمونه: يشمل قانون العقوبات على قسمين هما القسم العام والقسم الخاص أما القسم  
العام فيتناول القواعد العامة التي تسري على الجرائم كافة وتدور هذه القواعد حول الجريمة  
والمجرم والعقوبة فنياً يتعلق بالجريمة يتناول القسم العام بيان أنواعها وهي الجنائية والجنحة  
والمخالفة كما يعرض لبيان أركانها وهي ثلاثة أولها الركن التشريعي ويعني نص القانون الذي  
يحرم الفعل إلا الامتناع عنه وثانيها الركن المادي ويعني كل سلوك إجرامي ينطوي على القيام  
بفعل حرمه القانون أو على الامتناع عن فعل أمر به القانون وثالثها الركن المعنوي ويعني  
الفصد الجنائي أي توافر إرادة القيام بفعل أو الامتناع عنه لدى الجاني مع علمه بأن ما يقوم به  
محظور قانوناً وفيما يتعلق بالمجرم يبين القانون الأحوال التي يسأل فيها المجرم مسؤولية  
وأحوال تشديد هذه المسؤولية أما فيما يتعلق بالعقوبة فيتناول القانون بيان أنواعها وتدرجها  
ومقرطها والإعفاء منها.

أما القسم الخاص فيتناول بيان الجرائم المختلفة سواء وقعت على الدول أو على إحدى  
هيئاتها أو على الأفراد في أجسامهم أو أعضائهم أو أموالهم وهو يتناول كل جريمة أو مجموعة  
من الجرائم المتمثلة من حيث طبيعتها بالأحكام على أفراد.

##### ب - قانون أصول المحاكمات الجزائية أو قانون الإجراءات أو

##### المرافعات الجنائية:

تعريفه: هو مجموعة القواعد القانونية التي تبين الإجراءات الواجب اتباعها منذ وقوع

الجريمة حتى تمام تنفيذ الحكم الصادر فيها تطبيقاً لأحكام قانون العقوبات،  
مضمونه: يشتمل قانون أصول المحاكمات الجزائية على الموضوعات الآتية:  
١) كيفية التحري وجمع الاستدلالات والأشخاص المنوط بهم ذلك وسلطاتهم،  
٢) مرحلة التحقيق والجهة المناطة بها وسلطاتها وكيفية تصرفها في الأوراق،  
٣) بيان المحاكم المختصة وكيفية تشكيلها وإجراءات رفع الدروس إليها وكيفية سير  
الدعوى أمامها وسلطاتها في إصدار الأحكام وشكل هذه الأحكام وطرق الطعن فيها،  
٤) كيفية تنفيذ العقوبة التي تصدر بها الأحكام.

#### مصادر القانون الجنائي،

يعتبر التشريع المصدر الفردي لقواعد القانون الجنائي يقسمه وهما القانون العقابي وقانون  
أصول المحاكمات الجزائية.

#### فروع القانون الخاص:

يقسم القانون الخاص فروعاً كثيرة أهمها ما يأتي:

##### أولاً: القانون المدني:

تعريفه: يعتبر القانون المدني والقانون الجنائي أقدم فروع القانون كافة وقد استقرت  
قواعدهما في مختلف الشرائع القديمة، ويعتبر القانون المدني وقد أطلق عليه الرومان هذه  
التسمية عباد القانون الخاص وأصل فروعه ولذلك فإنه يعرف في الغالب بنفس تعريف  
القانون الخاص.

وسنعا القول أن القانون المدني في الأنظمة القانونية العربية يعني: مجموعة القواعد التي  
تحكم الروابط الخاصة بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة على اعتبارها شخصاً معنوياً عادياً  
مبوء كانت روابط أسرة أو معاملات مالية. ولما كان القانون المدني في الأنظمة العربية يقتصر  
على حكم المعاملات المالية فإن في وسعنا تعريفه بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تحكم  
المعاملات المالية بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة على اعتبارها شخصاً معنوياً عادياً.

أهميته: قلنا قبل قليل أن القانون المدني هو عباد القانون الخاص والواقع أن القانون المدني  
عند نشوئه كان مرادفاً في المعنى للقانون الخاص ثم اقتطعت جوانب منه بشأنيز من تطور  
المجتمع وتعدد العلاقات القانونية لتحكمها قواعد أخرى أطلقت عليها تسميات تختلف  
 باختلاف طبيعة الروابط التي تنظمها هي فروع القانون الخاص ولايزل القانون المدني محور

القانون الخاص ويمارس في نطاقه دوراً هاماً نتيجة فيما يلي:

١) أنه يتضمن المبادئ والأحكام العامة التي تنطبق على سائر فروع القانون الخاص.  
٢) يتعين الرجوع إلى قواعده في الحالات التي تفتقد فيها النصوص في فروع القانون الخاص.

٣) وقد تحيل بعض فروع القانون الخاص حكم مسائل معينة إلى قواعد القانون المدني.  
٤) وقد يتضمن القانون المدني القواعد المتعلقة ببعض هذه الفروع فقواعد القانون الدولي الخاص تصدر بعض القوانين المدنية كالقانونين المدنيين العراقي والمصري.  
مضمونه: يضم القانون المدني في الأصل قسمين رئيسيين هما: الأحوال الشخصية والأحوال العينية أو المعاملات المالية.

أما الأحوال الشخصية: فتعني مجموعة القواعد التي تحكم شخصية الفرد وأهليته وتنظم روابطه بأسرته فهي تشمل ما يأتي:

١) تحديد شخصية الفرد من الناحية القانونية ومميزاتها من اسم وحالة موطن وحكم أهليته سواء كانت أهلية وجوب أو أداء.

٢) تنظيم روابط الفرد بأسرته ابتداء من لحظة الميلاد حتى الوفاة، فيشمل هذا التنظيم مسائل النسب من بنية والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع ومسائل تصحيح النسب والبنين كما يشمل المسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجية واجباتها المتبادلة والمهر والنفقة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتفريق ويشمل كذلك أحكام النفقة بين الأقارب والأصهار والولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً.

٣) ويتضمن القواعد المتعلقة بمسائل الوارث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

وإذا كانت الأحوال الشخصية تعتبر جزءاً من القانون المدني في قوانين الغرب فلها تخرج عن نطاقه في الدول العربية التي أصدرت تقنينات مدنية قصرت أحكامها على المعاملات المالية أما الأحوال الشخصية فقد بقيت تحكم من قبل الشريعة الإسلامية مباشرة في بعض الدول الإسلامية ومن قبل القوانين الوضعية في الدول العربية والإسلامية التي أصدرت تقنينات تحكم هذه المسائل. وفي العراق يحكم الأحوال الشخصية قانون الأحوال الشخصية

رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ الذي لحقته تعديلات كثيرة ولذلك يعتبر قانون الأحوال الشخصية في الدول العربية مستقلاً عن القانون المدني ويبدو فرعاً قائماً بذاته من فروع القانون الخاص والقواعد مصدران أولها: التشريع وتعتبر مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر التاريخي الفرض له. وثانيها: مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر الرسمي الثاني لأحكامه.

أما الأحوال العينية: فتعني مجموعة القواعد القانونية المنظمة لعلاقة الفرد بغيره من حيث المال والمال في لغة القانون هو: كل حق ذي قيمة مالية يقره القانون للشخص وتبدو الحقوق المالية على نوعين هما: الحقوق الشخصية والحقوق العينية. أما الحق الشخصي أو الالتزام فيعني رابطة بين طرفين دائناً ومديناً يحول بمقتضاها أحدهما مظالمية الآخر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهو يتكون من ثلاثة عناصر: صاحب الحق أو الدائن، ومن عليه الحق أو المدين، وعمل الحق وهو إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه فيتناول القانون المدني في دائرة الالتزامات البحث في نشوء الالتزام وآثاره وأوصافه وانتقاله وانقضاؤه كما يعرض لأنواع العقود المسماة والتي تعد أحكامها تطبيقاً للقواعد العامة في الالتزامات أما الحق العيني فهو سلطة مباشرة لشخص معين على مال معين بالذات ويتحلل إلى عنصرين هما صاحب الحق وعمل الحق ويقصد به الشيء موضوع الحق ويتناول القانون المدني في دائرة الحقوق العينية تعريف المال وبيان أنواعه والحقوق التي ترد عليه وأنواعها وكيفية اكتسابها وفقدانها وهو يعرض لبيان الحقوق العينية الأصلية والتبعية ويقصد بالحق العيني الأصلي الحق الذي يستقل بذاته دون اعتماد على حق آخر كحق الملكية والحقوق التي تنفرع عنه أما الحق العيني التبعية فيعني الحق الذي لا يستقل بذاته وإنما يستند إلى حق شخصي سابق له وينشأ لفصل ضمان الوفاء به كحق الرهن وحق الامتياز.

وفي العراق يختص القانون المدني بحكم المعاملات المالية فحسب كما ذكرنا وقانوننا المدني القائم هو القائم رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ والذي صدر في ١٨ أيلول عام ١٩٥١ واعتبر نافذاً بعد سنتين من تاريخ نشره وقد اتخذ من الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري مصدرين تاريخيين له. وجاء على نمط القانون المدني المصري من حيث تبوية وترتيبه فضم باباً تمهيدياً وقسمين أما الباب التمهيدي فقد وزع على فصول ثلاثة أفرد أولها للكلام في تطبيق القانون وعقد ثانيها للكلام في الأشخاص طبيعيين أو معنويين، وخصص ثالثها للكلام في الأشياء والأموال والحقوق وقد تضمن الفصل الأول فرعين سمي أولهما بالأحكام العامة وفيه أشار المشرع إلى مصادر القانون المدني العراقي وعنون ثانيها بتنازع القوانين عند التطبيق وخصص



التقرير القواعد المتعلقة بتنفيذ القوانين من حيث الزمان والمكان أما القسمان فقد أفرد أحدهما للحقوق الشخصية أي الالتزامات، وكرس ثانيهما للحقوق العينية وقد توزع كل قسم على كتابين فخصص الكتاب الأول لنظرية الالتزام، وعقد الثاني للعقود المسماة، واختص الكتاب الثالث بالحقوق العينية الأصلية وأسائرها الرابع بالحقوق العينية التبعية.

#### مصادر القانون المدني:

يعتبر التشريع والعرف مصدرين رسميين للقانون المدني وقد أضافت كثير من القوانين العربية المعاصرة إليها مصدرًا ثالثًا تفاوتت تسميته فسمي بمبادئ القانون الطبيعي وسمي بقواعد العدالة وسمي كذلك بمبادئ القانون الطبيعي قواعد العدالة وأضافت القوانين المدنية العربية إلى هذه المصادر الثالث مصدرًا رابعًا هو مبادئ الشريعة الإسلامية وإن اختلفت في تحديد مرتبتها بين المصادر فجعلها التقنين المدني السوري في المرتبة الثانية بعد التشريع وجعلها التقنيات المدنية العربية الأخرى في المرتبة الثالثة التي تلي العرف والمصادر الرسمية للقانون المدني العراقي هي من حيث تسلسل أهميتها التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة.

#### ثانيًا القانون التجاري:

تعريفه: هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الأعمال التجارية وروابط التجار فقواعده لا تطبق إلا بين تجار وفي علاقة تجارية وهي تقوم على الرغبة في التبسيط وتخفيف السرعة وعلى الائتمان لقيام التجارة على الثقة وقد أدى اتساع التجارة الخارجية إلى الرغبة في توحيد قواعد القانون التجاري مما أدى إلى قيام اتفاقات دولية تتعلق ببعض مسائله.

مضمونه: يشمل القانون التجاري على الموضوعات الآتية:

- ١) تحديد وبيان الأعمال التجارية وتحديد معنى التاجر والشروط الواجب توافرها فيه وبيان الالتزامات والواجبات المفروضة عليه كمسك الدفاتر التجارية وغيرها.
- ٢) بيان أنواع العقود التجارية كمعقود الشركات مع بيان أنواعها وأحكام عقود السمسرة التجارية والبرصيات التجارية وعقد الرهن التجاري وعقد الوكالة بالعمولة.
- ٣) بيان أحكام الأسهم والأوراق التجارية وتنظيم أعمال المصارف.
- ٤) تنظيم أحكام الإفلاس التجاري من حيث إشهاره وما يتعلق به وأحكام الصلح الواقعي من الإفلاس ونصفه أموال التفليس ورد اعتبار المفلس.

- إن القانون التجاري النافذ المعمول في العراق هو القانون رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ السلي  
تشتمل على ستة أبواب هي الآتية:
- ١) أسس القانون ونطاق سريانه.
  - ٢) الأعمال التجارية والتاجر.
  - ٣) الأوراق التجارية وهي الحوالة التجارية (السفينة) والسند للأمر (الكيميالة) والشيك.
  - ٤) العقود التجارية كالرهن التجاري والإيداع في المستودعات العامة والحساب الجاري.
  - و حكم العمليات المصرفية كودعة النقود وإجارة الخزائن والتقل المصرفي والاعتماد للحسب على المكوف والاعتماد المستندي والخصم وخطاب الضمان.
  - ٥) البيع الدولية.
  - ٦) أحكام ختامية.
- أما الموضوعات التجارية الأخرى فقد ترك حكمها لتشريعات أخرى صدر بعضها كقانون الشركات وسيأخذ البعض الآخر طريقة إلى الإصدار.
- مصادره: نصت المادة الرابعة من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ على ما يأتي:
- أولاً: يسري هذا القانون على النشاط الاقتصادي للقطاع الاشتراكي والمختلط والخاص.
- ثانياً: يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون خاص آخر.
- يتضح من ذلك أن هناك مصدرين للقواعد التجارية بمقتضى هذا القانون أولهما: النصوص التشريعية التجارية وثانيهما: نصوص القانون المدني التي ينبغي الرجوع إليها عندما يفقد القاضي النص التجاري.
- وقد ألغى القانون التجاري العراقي الجديد قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ وتعديلاته وما نص عليه من مصادر رسمية للقانون التجاري فقد جاء في المادة الثانية من قانون التجارة الملغى ما يأتي:
- ١ - يسري على المسائل التجارية أحكام الاتفاق الخاص بين المتعاقدين فإذا لم يوجد

اتفاق خاص سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية لم  
قواعد العرف التجاري ويرجع العرف الخاص على العرف العام.

٢- وإذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق أحكام القانون المدني.

٣- ولا يجوز تطبيق الاتفاقات الخاصة أو قواعد العرف التجاري إذا تعارضت مع  
نصوص تشريعية إلزامية.

ويقيم بما تقدم أن قانون التجارة العراقي الجديد أغفل ذكر العرف التجاري بين المصادر  
الرسمية للقانون مع أن أكثر القوانين التجارية المعاصرة تعتد به ويذهب كثير من الفقهاء إلى  
التسليم بقوة العرف ولئن قدرة العرف التجاري على إلغاء نص تشريعي إذا لم يتعلق بقاعدة  
أمره عند تعارضها. ومع ذلك فإن قانوننا التجاري القائم إذا كان قد أغفل ذكر العرف بين  
المصادر الرسمية لقواعده فإنه لم يعمل أثره أو أثر الاتفاقات في حكم بعض المسائل ذلك لأن  
القانون المدني العراقي الذي جعله المشرع التجاري المصدر الرسمي الثاني كثيراً ما يحيل إلى  
الأعراف وإلى الاتفاقات حكم مسائل معينة.

ثالثاً - قانون المرافعات: ويسمى كذلك أصول المحاكمات المدنية أو الحقوقية أو قانون  
المرافعات المدنية التجارية أو قانون المرافعات المدنية.

تعريفه: هو مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات التي يتبعها الفرد للوصول عن طريق  
السلطة العامة إلى حماية حقوقه الخاصة المقررة في القانون المدني أو التجاري ولذلك فهو يعتبر  
قانوناً شكلياً أو إجرائياً.

مضمونه: يشمل هذا القانون على الموضوعات الآتية:

(١) التنظيم القضائي وذلك ببيان الجهات القضائية المختلفة من حيث تشكيل المحاكم  
والأحكام الخاصة برجال القضاء والنيابة أو الادعاء العام ومعاوني القضاء من محامين وكنتبة  
وخبراء ومترجمين وغيرهم.

(٢) قواعد الاختصاص الولائي والتوعى والقيمي والمحلي.

(٣) إجراءات رفع الدعوى وكيفية سيرها والحكم الصادر فيها وطرق الطعن فيه.

(٤) إجراءات تنفيذ الأحكام.

ويسمى هذا القانون في العراق الآن بقانون المرافعات المدنية وتخضع جميع القواعد السابقة  
الذكر لقانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ ولا مصدر لقواعد المرافعات غير التشريع.

#### رابعاً: القانون الدولي الخاص:

تعريفه: هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق في نزاع نشأ بسبب رابطة قانونية تتميز بوجود عنصر أجنبي فيها سواء كان طرفاً في الرابطة أو كان محلها أو كان السبب المنشئ لها، كما تحكم قواعد مسائل الجنسية ومركز الأجانب في الدولة.

مضمونة: يشمل القانون الدولي الخاص حل حكم المسائل الآتية:

١) تكيف الروابط القانونية التي تتميز بوجود عنصر أجنبي فيها، وما إذا كانت روابط أحوال شخصية أو أحوال عينية ذلك لأن قواعد الإسناد أو الإحالة ترد على قواعد الروابط الشخصية أو المالية عموماً.

٢) تحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاع الذي يثور حول الروابط المتميزة بعنصر أجنبي من بين المحاكم التي تتنازع الاختصاص القضائي بشأنها.

٣) تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الرابطة من بين القوانين التي تتنازع حكمها.

٤) قواعد الجنسية: تبين أركان الجنسية وشروط اكتسابها وكيفية اكتسابها أو فقدانها.

٥) القواعد التي تحدد مركز الأجانب في الدولة وما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات.

والحق أن القانون الدولي الخاص بمعناه الدقيق يقتصر على مسائل النزاع أما موضوعي الجنسية ومركز الأجانب فقد الحقا به لأن النزاع يثيرهما فتطبيق قانون الجنسية وقانون الموطن يثير مسألتين الجنسية والمواطن دون أن يعني ذلك أنهما من صحيح موضوعات القانون الدولي الخاص يؤكد ذلك ما جاء في المادة (٣١) من القانون المدني العراقي التي قصرت معنى القانون الدولي الخاص على قواعد الإسناد بقرنها: (إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون أن تتعلق بالقانون الدولي الخاص).

طبيعته ومصادره: يتميز هذا الفرع بحدائق عهده فلا يتجاوز عمره الستة قرون. وقد نشأت قواعده بسبب تشابه العلاقات بين أفراد الدول واستقرار كثير من الأجانب في دولة ما وظهور العلاقات التي تتميز بعنصر أجنبي فيها سواء كان طرفاً في الرابطة أو كان محل نشوئها أو كان محل تنفيذها أو كان موضوعها فإذا كانت الرابطة القانونية وطنية بعناصرها (السبب



المشتمل لها ومحلها وأطرافها) طبق على النزاع بشأنها القانون الوطني، أما إذا شاب الرابطة عنصر أجنبي فإن قواعد القانون الدولي الخاص هي التي تتولى تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع والقانون الواجب التطبيق لحسمه. فإذا حدد القانون الواجب التطبيق وطنياً كان أم أجنبياً طبقته المحكمة وتتميز قواعد القانون الدولي الخاص بالخصائص الآتية:

(١) أن أكثرها يبدأ في صورة قواعد إستناد أو إحالة غرضها تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق دون أن تضم أحكاماً موضوعية تطبق على النزاع المعروف.

(٢) أن قواعد من قواعد القانون الخاص لأنها تنظم روابط خاصة بين الأشخاص وهي قواعد وطنية ذلك لأن لكل دولة قواعدها الخاصة لحكم مسائل تنازع الاختصاص وتنازع القوانين ومسائل الجنسية ومركز الأجانب، فلا توجد قواعد دولية تلتزم جميع الدول باتباعها في هذا الشأن أما لفظ (الدولي) الذي يقترن به هذا القانون فيشير إلى العنصر الأجنبي الذي تتميز به هذه الرابطة لا سيما بالنسبة لأطرافها.

(٣) أن قواعد لم تكن في تشريع جامع لقلتها فهي تدرج عادة وفي أكثر الدول في قوانينها المدنية وقد تصدرت قواعد القانون الدولي الخاص القانون المدني العراقي الذي خصص لها الفرع الثاني من الفصل الأول من الباب التمهيدي وأدرجها تحت عنوان (تنازع القوانين عند التطبيق) يتضح من ذلك أن التشريع يعتبر المصدر الفردي لقواعد القانون الدولي الخاص.

#### **الاتجاهات المعارضة للتقسيم الثنائي التقليدي:**

تعرض التقسيم التقليدي للنقد وتوزع المعارضون له على اتجاهين نادى أولهما بتقسيم ثلاثي للقانون محل التقسيم الثنائي، ونادى ثانيهما بوحدة القانون منكرة تقسيم القانون إلى عام وخاص وستناول هذين الاتجاهين بالبيان الموجز فيما يلي:

#### **التقسيم الثلاثي للقانون:**

رأى بعض الفقهاء أن من المتعارف إدراج جميع فروع القانون في تقسيم الثنائي التقليدي وذلك لأن من هذه الفروع ما يجمع بين نوعين من القواعد طبقاً للمعيار الراجح السالف الذكر للتمييز بين القانون الخاص والعام. منها ما يتصل بالقانون الخاص ومنها ما يرتبط بالقانون العام ولذلك نادى بعضهم بتقسيم ثلاثي للقانون هو القانون العام والقانون الخاص والقانون الاجتماعي الذي يجمع بعض فروع القانون كقانون العمل والشؤون وغيرها من القوانين الاجتماعية ولكن أكثرهم نادى بتقسيم ثلاثي آخر هو تقسيم القانون إلى قانون عام

وقانون خاص وقانون مختلط ولما كان هذا التقسيم الأخير هو الراجح في أوساط بعض الفقه المعاصر فسقف عنده قليلاً لقد استبعد هذا التقسيم الثلاثي جملة من فروع القانون التي تدرج ضمن القانون العام والقانون الخاص من نطاقيهما وراء جمعها في فرع مستقل أطلقوا عليه اسم القانون المختلط<sup>(١)</sup>.

أما القانون العام في رأيهم فيشمل القانون الدولي العام وهو القانون العام الخارجي كما يشكل أكثر فروع القانون العام الداخلي وهي القانون الدستوري والقانون الإداري والقانون المالي. أما القانون الخاص فيقسم فرعاً واحداً هو القانون المدني، وأما القانون المختلط فيجمع الفروع التي كانت موزعة على القسمين السابقين غير أن من هذه الفروع ما يبدو خليطاً من القواعد الموضوعية التي تنتمي إلى القانون العام والقانون الخاص كالقانون التجاري والقانون البحري والقانون الجوي والقانون الزراعي وقانون العمل وقانون التأمين الاجتماعي ويطلق على هذه الفروع اسم القانون المختلط الموضوعي ومن هذه الفروع ما لا تتصل بقواعدها بالموضع وإنما تأتي منظمة للجزاء الذي تتضمنه فروع القانون المختلفة الموزعة بين القانون العام والقانون الخاص فتأتي قواعدها لخدمة القانون العام والخاص معاً وتسمى القانون المختلط الجزائي والإجرائي، والجزائي يشمل على قواعد موضوعية لمعاقبة من يخالف قواعد القانون أيما كان الفرع الذي تنتمي إليه مخالفة تتوافر فيها إركان الجريمة ومنها ما يجمع بين قواعد القانون العام وبعض قواعد القانون الخاص ذات الطبيعة الدولية. كالقانون الدولي الخاص الذي يجمع بين القواعد الوثيقة الصلة بالقانون العام كمسائل الجنسية ومركز الأجانب وعلى قواعد تتصل بالقانون الخاص كقواعد الإيصاد أو الإحالة التي تحدد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق من بين قوانين تنازع حكم الموضوع ويتميز القانون الدولي الخاص عن القانون المختلط الموضوعي بأن العلاقات التي يحكمها تشمل على عنصر أجنبي وليست علاقات وطنية ولذلك يحسن تسميته باسم القانون المختلط الدولي.

ويبدو لي أن هذا التقسيم الثلاثي منطقي إذ يخرج كثيراً من الفروع التي تختلط فيها قواعد القانون العام والخاص من نطاقيهما بالرغم من ادعاء أنصار لتقسيم الثنائي التقليدي بأن العبرة من تقسيم القانون إلى عام وخاص تكمن في الاعتماد بالغرض الأساس والصفة الغالبة في القواعد فإن كانت هذه القواعد في صفتها الغالبة تتعلق بتنظيم السلطة العامة وحق

(١) انظر: المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللباني، د. رمضان أبو سمود ص ٨٢.

السيادة في المجتمع اعتباراً من قواعد القانون العام ولا دخلت في نطاق القانون الخاص.

#### وحدة القانون في الفكر الاشتراكي:

يعتبر التقسيم الثنائي التقليدي جزءاً من التراث الروماني وقد تلفقه المجتمع اللاتيني والجرماني بتأثير من غلبة النزعة الفردية فيها فجاء التقسيم بحمي الحقوق الخاصة في نطاق القانون الخاص ويغلب المصلحة العامة حيث تظهر الدولة باعتبارها صاحبة السيادة في المجتمع طرفاً في نطاق القانون العام.

وقد وقف الفقه الاشتراكي متاوراً لهذا التقسيم فالقانون الاشتراكي في نظر فقهاءه هو<sup>(١)</sup> مجموعة قواعد السلوك التي تخلفها أو تفرضها الدولة الاشتراكية طبقاً لقوانين التطور الاجتماعي الموضوعية وهي تنفق ومصالح الشغيلة وتتحد بظروفهم الحياتية وتعتبر عن إرادتهم في الدفاع عن مصالحهم ويمرر تطبيقها بقوة الدولة القسرية بهدف توطيد وتطوير النظام الاشتراكي وبناء مجتمع خال من التطبيقات والفقه الاشتراكي ينكر تقسيم القانون إلى عام وخاص للاعتبارات الآتية:

(١) إن البناء الاقتصادي للمجتمع ما هو إلا أساس الذي تقوم عليه العلاقات القانونية داخل المجتمع ولذلك يبدو القانون الخاص تابعاً للقانون العام الذي يضيء الشكل القانوني على هذا البناء الاقتصادي.

(٢) لما كان القانون في جوهره وبجميع فروعه يعتبر انعكاساً للتنظيم الاقتصادي للمجتمع فالقانون يبدو كلاً لا يتجزأ من حيث طبيعته ولا محل لتقسيمه إلى قانون عام وخاص.

(٣) إن قاعد القانون بمعناها الدقيق هي تلك القواعد التي تفرض بصرامة على الكافة من قبل السلطة السياسية من أجل ضمان مصالحها وديمومة حكمها، فالصلة ونفى بين القانون وبين الإكراه والقانون مظهر من مظاهر السياسة وهو أداة بيد السلطة السياسية لتطبيق فلسفتها وتحقيق لطموحاتها ولذلك لا محل لما يسمى بالقانون الخاص البعيد عن كل اهتمام سياسي وصيغة سياسية.

(٤) استنكار ما يجبره تقسيم القانون إلى عام وخاص من حيث قواعد التنفيذ والتفسير التي تنضج لها الروابط القانونية حسب انتهائها إلى أي من هذين القسمين ذلك لأن الروابط القانونية في نظر المذهب الاشتراكي من طبيعة سواء فلا وجود لرابطة تقوم بين فردين بعيدة

(١) انظر، نظرية القانون الاشتراكي، صفاء الحافظ ص ٢١.

عن الجماعة ورقابته ولا وجود لحقوق تبعث من روابط فردية تستقل بوجودها عن المصلحة العامة كي يخضع تنفيذ وتفسير بعضها طبقاً لما قصده الإدارة ويجري تفسير وتنفيذ البعض الآخر من الروابط في ضوء المصلحة فالحقوق الفردية وظائف اجتماعية والروابط الشخصية سبيل لتنظيم الحياة الاجتماعية ونتيجة حتمية لها، وعليه فإن الدولة على اعتبارها ضرورة المجتمع الحديث المنظم تنظيمًا سياسيًا طرف في كل رابطة قانونية وينبغي أن يستهدي بالصالح العام الذي يشع مفهومه في الفكر الاشتراكي في تفسير هذه الروابط وتنفيذها.

ومع ذلك فإن الفكر الاشتراكي إذا كان ينكر تقسيم القانون إلى عام وخاص ويرفض معيار التفرقة بينهما ويرى أن القانون هو القانون العام ولا وجود للقانون الخاص إلا أنه يقي على تقسيمات القانون من حيث الشكل فتقسيمات القانون في الدول الاشتراكية تكاد تكون نفس التقسيمات المعروفة في الدول الغربية مع بعض وجوه الاختلاف كاستقلال قانون الأسرة عن القانون المدني في الدول الاشتراكية وكاختفاء القانون التجاري فيها وكوجود بعض فروع القانون غير المعروفة في قوانين الغرب كقانون التعاونيات الزراعية وقانون السكن والقانون الاقتصادي غيرى أنها جميعاً تعتبر جزءاً من القانون العام، وغني عن الذكر أن فروع القانون إذا كانت تحمل في الدول الاشتراكية والدول الغربية نفس التسميات إلا أن القضايا التي تشكل موضوع هذه الفروع تختلف تمامًا بين المجتمعين وذلك بسبب اختلاف البناء الاقتصادي والفلسفة الاجتماعية والسياسية.

#### موقف قانون إصلاح النظام القانوني العراقي من التقسيم الثنائي

##### للقانون:

لقد صدر قانون إصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧ متشبعاً بالمبادئ التي يؤمن بها حزب البعث العربي الاشتراكي مرتكزاً على الأسس والمفاهيم التي تضمنها التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي داعياً إلى إعادة النظر في التشريعات النافذة من حيث أسسها ومبادئها إبتغاء دعم المفاهيم الاشتراكية والتأكيد على القيم الأخلاقية الاشتراكية في تنفيذ وتفسير الروابط القانونية وضمان التحول التشريعي للعلاقات القانونية من الإطار الفردي إلى الإطار الاشتراكي.

إن من أبرز أهداف قانون إصلاح النظام القانوني الذي ينبغي أن تركز عليها مبادئ وأحكام التشريعات العراقية بعد مسح التشريعات النافذة وإعادة النظر فيها وإلغاء وتعديل



بعضها وإصدار تشريعات جديدة تلبي متطلبات المجتمع العراقي المتطور مما يتعلق به بحثنا في تقسيم القانون<sup>(١)</sup>.

١) إعطاء الأولوية لمصلحة المجتمع المتمثلة في الدولة على مصلحة الأفراد المتمثلة في مبدأ سلطان الإرادة في تنفيذ وتفسير العلاقات القانونية وبالنسبة لتقليص الفروق بين علاقات القانون العام وعلاقات القانون الخاص التي تُعد أساسها في الفكر الليبرالي الرأسمالي.

٢) تغليب صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية والتوسع في إقرار المسؤولية الناشئة عن حكم القانون في دائرة العقود، وذلك حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية وإيماناً بواجب الدول في الرقابة على العلاقات القانونية واستكمالاً لفصور المسؤولية العقدية في ضمان حقوق المضرورين.

إن في وسعي الالتزام باعتباري واحداً من الذين أسهموا في إعداد ورقة عمل إصلاح النظام القانوني وفي صياغة مادته بأن قانون إصلاح النظام القانوني لم ينكر تقسيم القانون إلى عام وخاص ولم يدع إلى توحيد فروع القانون المختلفة لتكون جميعاً جزءاً من القانون العام. وإنما أبقى على تقسيم القانون واقتفى بالدعوة إلى تقليص الفروق بين القانون العام والقانون الخاص تقديرًا منه لأهمية دور الدولة في مختلف روابط القانون سواء كانت طرقاً مباشرة في روابط القانون العام أو طرقاً غير مباشرة يمارس دور التوجيه والرقابة والتدخل عند الاقتضاء في روابط القانون الخاص من أجل الاستغلال وضماناً لتحقيق العدالة وحماية لمصلحة المجتمع وكان من جملة ما دعى إليه لتقليص الفوارق هو الإكثار من القواعد الأمرة وتغليب صفة العلاقة القانونية على صفة العلاقة العقدية في الروابط القانونية والتوسع في المسؤولية القانونية القائمة على عنصر الضرر وتنفيذ وتفسير جميع الروابط في ضوء المصلحة العامة مع التوسع في مفهوم هذه المصلحة.

وإذا كان قانون إصلاح النظام القانوني قد أبقى على تقسيمات القانون من حيث الشكل وأبقى على بعض الفروق بين روابط القانون العام وبين روابط القانون الخاص من حيث الموضوع إلا أنني أميل الآن إلى الأخذ بالتقسيم الثلاثي للقانون ففي اعتقادي أن هناك ثمة فرقاً للقانون تختلط فيها قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص أو تنفص عند الحد الفاصل بينها، ويعن جمعها في قسم ثالث هو القانون المختلط. وفي مقدمتها القانون الجنائي بفرعيه العقابي والإجرائي وإن بدا عنصر السلطة العامة واضحاً فيه.

(١) انظر: قانون الإصلاح النظام القانوني من ٢٠١٤-٢٠١٥.



## الفصل العاشر

### تقسيمات قواعد القانون

تقسم قواعد القانون إلى أقسام متعددة بتعدد الزوايا التي ننظر منها إلى هذه القواعد فهي تنقسم من حيث مصدرها إلى قواعد مكتوبة وقواعد غير مكتوبة وتنقسم من حيث النطاق الإقليمي إلى قواعد القانون الخارجي وقواعد القانون الداخلي وتنقسم من حيث موضوعها إلى قواعد موضوعية وقواعد شكلية ولكن أهم هذه التقسيمات هو تقسيمها من حيث درجة إلزامها إذ هي تنقسم إلى طائفتين أولاً: القواعد الآمرة وثانيها: القواعد المكملة أو المقررة أو المفسرة للإرادة وستناول بالبحث الوجيه هذا التقسيم لأهميته.

### تعريف القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو المفسرة للإرادة:

تعرف القواعد الآمرة بأنها القواعد التي تلزم الكافة بإحترامها فلا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على استبعادها ومن الأمثلة عليها القاعدة التي تحرم القتل والقاعدة التي تلزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري أما القواعد المكملة أو المفسرة للإرادة فتعرف بأنها القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على استبعاد تطبيقها والاتفاق على خلاف حكمها فهي القواعد التي تطبق إذا لم يتفق المتعاقدان على ما يخالفها أو سكتوا عن الإشارة إلى موضوعها فإذا وجد الاتفاق على مخالفة حكمها كانت العبرة بالاتفاق لأن الإرادة الحقيقية للأفراد أولى بالاتباع من إرادتهم المفترضة ويلاحظ أن المشرع يسترشد عند وضعها بالعدالة والعرف ومقتضيات الحياة العلمية. وقد أطلقت عليها هذه التسمية لأنها تكمل نقضاً أو قصوراً في الاتفاق ذات الإرادة أن تحكمه أو تقرر أمراً يفترض أن الإرادة كانت تتجه إليه لو أنها التفتحت إلى حكمه وأنها تفسر غموضاً شاب الإرادة ومن الأمثلة عليها القاعدة التي تقتضي بأن يكون الشئ مستحق الوفاء في مكان تسليم المبيع والقاعدة التي تقتضي بتحمل المؤجر كلفة الترميمات في العين المؤجرة أثناء الإجارة.

### أساس التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة أو المفسرة للإرادة:

إن أساس التمييز يبدو في مدى أهمية القاعدة واتصالها بكيان المجتمع ومضاهجه الأساس ومدى ما يترك للإرادة من سلطان وحرية في إنشاء وحكم الروابط القانونية. فالقاعدة الآمرة

تمثل الإرادة العليا للمجتمع في تنظيم أمر بالغ الأهمية على نحو معين وتتضمن أمراً أو نهياً يقوم قديماً على الإرادة الأفراد فلا يجوز لهم الاتفاق على ما يخالفه. أما القاعدة المكتملة فهي لا تشمل إرادة المجتمع العليا وإنما تمثل الإرادة المفترضة للأفراد لتعلقها بالنشاط الحر لهم. فالقاعدة الأمرة قاعدة مطلقة من حيث تطبيقها على الكافة وتستخدم حرية مخالفتها من قبل الأشخاص أما القاعدة المكتملة أو المفسرة للإرادة فقاعدة نسبية من حيث تطبيقها وحرية الأفراد في استبعاد تطبيقها موقوف لأنها لا تحمل نفس المكانة من الأهمية والقوة التي تحملها القاعدة الأمرة في نظر المجتمع لعدم تعلقها بمصالحه الأساس.

ويتربى على التمييز بين القواعد الأمرة وبين القواعد المكتملة أو المفسرة تمييزان هامتان أو لاهما: أن مدى سلطان الإرادة اتجاه القواعد القانونية يختلف تبعاً لما إذا كانت هذه القواعد أمرة أو كانت مكتملة للإرادة فإرادة الأفراد تبدو معدومة بالنسبة للقواعد الأمرة أو كانت مكتملة للإرادة فإرادة الأفراد تبدو معدومة بالنسبة للقواعد الأمرة. فيبطل كل اتفاق يقع على خلاف حكمها. وتكون حرية الإرادة مطلقة في نطاق القواعد المكتملة فيجوز للأطراف الاتفاق على استبعادها والنص على حكم يخالفها. وثانيهما: أن على القاضي الالتزام بحكم القواعد الأمرة أو القانونية من تلقاء نفسه دون التفات إلى اتفاق الخصوم ولكن عليه احترام هذا الاتفاق إذا كان مخالفاً للقواعد المكتملة أو المفسرة للإرادة.

وينبغي أن يلاحظ أن القواعد المكتملة أو المفسرة للإرادة قواعد قانونية ملزمة ابتداء وانتهاءً لأنها قواعد قانونية كاملة يجب العمل بمقتضاها عند توافر شرط تطبيقها وهو عدم الاتفاق على استبعادها.

**معياري التمييز بين القواعد الأمرة والقواعد المكتملة أو المفسرة للإرادة:**  
يوجد معيار التمييز بين القواعد الأمرة والقواعد المكتملة أو المفسرة أوها: المعيار المادي أو الشكلي أو اللفظي ويعني أن تتضمن القاعدة لفظاً يصرح بطبيعتها الأمرة أو يكونها مكتملة أو مفسرة للإرادة فتعتبر القاعدة أمرة إذا صيغت في صيغة الأمر أو النهي كاستعمال لفظ يجب أو يلزم أو لا يجوز. أو أن يرد في القاعدة نص يقضي بطلان ما يخالفها من اتفاق. وقد تصرح القاعدة فإنها مكتملة أو مفسرة أو بصياغتها في صيغة الجواز أو بالنص فيها على جواز الاتفاق على ما يخالفها وثانيهما: المعيار المعنوي أو الموضوعي ويعني معنى النص وفحواه إذا لم تصرح النص بنبذ القواعد التي تتضمنها فإذا أفاد معنى النص أن القاعدة التي يتضمنها لا



يجوز الالتحاق على مخالفتها أو استبعادها كانت القاعدة أمرة وإن أماد غير ذلك اعتبرت القاعدة قاعدة مكملية وينبغي الاستهداء دائماً بنوع المصلحة التي تتصل بها الرابطة التي تحكمها القاعدة القانونية لمعرفة ما إذا كان اتباع القاعدة واجباً أو كانت مخالفتها جائزة فإن كانت المصلحة التي تتعلق الرابطة القانونية من المصالح الأساس في الدولة اعتبرت القاعدة التي تحكم هذه الرابطة قاعدة أمرة وإن لم تكن كذلك كانت القاعدة من القواعد المكملية أو المنسرة للإرادة وقد استقر التعبير على المصالح الأساس للمجتمع التي تعتبر القاعدة التي تحكم الروابط المتصلة بها قاعدة أمرة اسم النظام العام والآداب.

### النظام العام:

ورد مصطلح النظام العام في مواضع كثيرة في القانون المدني العراقي وقد نجسب المشرع العراقي تعريف النظام العام وإن أورد أمثلة عليه. والواقع أنه لا يوجد تعريف جامع دقيق لفكرة النظام العام وفي رأي أن أفضل ما سبق له من تعريفات فقهية بأنه مجموعة المصالح الأساس للجماعة والأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت هذه المصالح والأسس سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية والتي يعرض الإخلال بها كيان المجتمع إلى التصدع والانهيار وفكرة النظام العام فكرة نسبية من حيث نطاقها ومن حيث ثباتها فهي تتفاوت من حيث النطاق باختلاف أنظمة الحكم والتيارات الفكرية التي تسود المجتمعات. وتعتبر المفرد الذي تشرب منه النظريات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية إلى حقل القانون فيشع مفهومها في ظل الفكر الاشتراكي ويضيّق إلى مدى بعيد في ظل الفكر الفردي كما أنها فكرة مرنة تتفاوت مداها تتفاوت مداها تتفاوت الزمان واختلاف المكان لها يعتبر من النظام العام في مجتمع قد لا يكون كذلك في مجتمع آخر وبما يعتبر من النظام العام في المجتمع الإسلامي بحيث يعتبر تعهد الزوج بعدم الزواج بأكثر من واحدة باطلاً لمخالفته النظام العام. فإن التعدد يعتبر مخالفاً للنظام العام في أغلب الدول الغربية وفي المواريث يعتبر إعطاء الابن ضعف نصيب البنت من النظام العام في ظل الشريعة الإسلامية بينما يعتبر تساوي أقارب الدرجة الواحدة في الميراث من النظام العام في أكثر الدول الغربية وكان التأمين على الحياة يعتبر عملاً غير مشروع ومخالفاً للنظام العام في ظل النظم القانونية القديمة لأنه يتضمن معنى المضاربة على الحياة إلا أنه يعتبر أمراً مشروعاً ودعامة من دعائم المجتمع الحديث في أكثر الأنظمة القانونية المعاصرة ويلاحظ أن الفقه المعاصر استقر على اعتبار قواعد القانون

العام وقواعد الأحوال الشخصية وبعض قواعد الأحوال العينية كالفواعد التي تتصل بشكل التصرفات الذي يتطلبه القانون والقواعد المتصلة بالاقتصاد القومي والأمن الاقتصادي والقواعد التي تتصل بحماية الطرف الضعيف في التعاقد كالفقاصير والقواعد المتعلقة بتنظيم الملكية وحماية الغير من النظام العام.

وجد بالذكر أن نطاق النظام العام أوسع من دائرة القاعدة الآمرة المتصلة به ولذلك ينبغي إبطال كل اتفاق يخالف النظام العام والآداب سواء كانت هناك قاعدة أمرة تنظم هذا الأمر الذي يعنى النظام العام والآداب أو لا توجد مثل هذه القاعدة.

#### الآداب العامة:

رأى بعض الفقهاء إقامة الآداب العامة على أساس ديني فرأى فيها قواعد خلقية تتحدد بالقواعد الدينية ورأى البعض الآخر إقامتها على أساس اجتماعي مع واقع وتقاليد وفكر تخلفي سائد والحق أن كلا من الأساسين لا يسلم من المآخذ فقواعد الدين ليست المصدر الفزد للآداب كما أن الواقع والتقاليد لا يزودان المجتمع بجميع قواعد الآداب وخير تعريف لقواعد الآداب العامة في رأينا هو ما ساقه أستاذنا السهوري بقوله (إنها مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقتهم الاجتماعية وهذا الناموس الأدبي وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس وللدين أثر كبير في تكيفه).

فالقواعد والآداب العامة مصادر متعددة هي الدين والتقاليد الموروثة ومقتضيات الحياة. وقد أشار المشرع العراقي في قانونه المدني إلى قواعد الآداب في أكثر النصوص التي ذكر فيها النظام العام كتفيد مفروض على حرية الإرادة واعتبر كل اتفاق يخالف للنظام العام والآداب العامة باطلاً كما أن المشرع الجنائي ركز عليها اهتمامه في كثير من النصوص كالنصوص المتعلقة بجرائم العرض وشهادة الزور والمقامرة والرهان والدعارة وحرم كل تصرف يخالف قواعد الآداب العامة.

وقاعدة الآداب في أغلبها قواعد نسبية وهي تتغير بتغير المكان وثقافات الزمان. فما يعتبر من الآداب العامة في المجتمع قد لا يكون كذلك في مجتمع آخر كما أن ما يعتبر من صميم الآداب في زمن قد يخرج من مفهومها في زمن لاحق فعقد الوساطة في الزواج وعقد استئجار مدير مسرح للجماعة من المهتافة كانا محرمين لمخالفتها لقواعد الآداب ثم ألبسها في الوقت

الحاضر لما ينطوي عليه أولها من تشجيع للزواج ولما تسفر عنه ثانيها من تشجيع للفن.  
و جدير بالذكر أن قواعد الآداب إذا كانت تتصل بالأسس الأخلاقية في المجتمع فإنها لا  
تعني جميع قواعد الأخلاق فهما يختلفان من حيث النطاق لأن نطاق قواعد الآداب أضيق من  
نطاق قواعد الأخلاق التي تتبع بواقع من الشعور الذاتي وتفترن بجزاء أدبي أما قواعد  
الآداب فإنها تمثل الحد الأدنى من قواعد الأخلاق اللازمة لحفظ كيان الجماعة وبقائه والتي  
يترتب على عدم مراعتها اختلال كيان المجتمع وعدم سلامته ولذلك ينبغي على الجميع  
احترامها وعدم المساس بها أو خرقها وإلا بطل كل تصرف يتحرق عن جادتها.





# القِسْمُ الثَّانِي

## نظريّة الحقّ



## الباب الخامس

### التعريف بالحق

#### الفصل الحادي عشر: طبيعة الحق

#### الفصل الثاني عشر: عناصر الحق وأركانه

##### تمهيد:

##### علاقة القانون بالحق:

يعمل القانون على إقامة النظام في المجتمع ويحكم سلوك الأفراد وروابطهم الاجتماعية وتنشئ الدولة إيجاب الأفراد على ائباعة بالقوة إذا انتفى الأمر ذلك وهو يقوم عند تنظيمه للعلاقات الاجتماعية على الترفيق بين المصالح المتعارضة لأعضاء المجتمع وسيله للتوصل إلى أداء رسالته هي أن يوضح لكل فرد من أفراد المجتمع ماله وما عليه ففي كل مرة يشرع فيها قانون مقررًا واجبًا أو التزامًا في مواجهة شخص معين يتقرر في مقابل ذلك حق لشخص آخر.

وكما أن الحقوق لا توجد إلا في الجماعة وكما أن القانون لا معنى له إلا بوجود المجتمع تبين لنا الصلة بين الحق والقانون.

## الحق والواجب:

لا شك بأن قواعد القانون في تنظيمها علاقات الأفراد في المجتمع والغرض ضبط السلوك الاجتماعي فإنها إن قررت حقاً لأحد الأطراف فستقرر بالضرورة واجباً على الطرف المقابل تلزمه باحترام هذا الحق ومنع التعدي عليه ففكرنا الحق والواجب فكرتان متلازمان في الفكر القانوني توضح إحداهما الأخرى وتحدد إحداهما الآخر لا يقرر لشخص إلا في مواجهة شخص آخر يتحمل بالواجب المقابل والواجب لا ينشأ إلا إذا وجد حق يقابله<sup>(١)</sup>.

## وجود الحق والتعريف بالحق:

ويتضمن البحث في أمرين: وجود الحق والتعريف بالحق:

### ١- وجود الحق<sup>(٢)</sup>:

أود أن أبين ابتداءً بأن فكرة الحق لم تكن من الأفكار التي مسلم بها فقهاء القانون حيثما إذ تعرضت فكرة الحق ولا زالت لاكتفادات كثيرة في جذورها وفي فائدتها وبالتالي أنكرها وجردتها القانوني ولعل أبرز نقد تعرضت إليه فكرة الحق جاء من أنصار مذهب القانون الوضعي وعل رأسهم الفقيه الفرنسي المعروف (ديجي) الذي اعتبر فكرة الحق فكرة ميتا فيزيقية غير واقعية إذ يرى أنها من الأفكار التي لا تخضع للملاحظة والتجربة فهي في تقديره فكرة دخيلة على عالم القانون لأنها فكرة فلسفية مما وراء الطبيعة وينطلق الفقيه (ديجي) في إنكاره لوجود الحق من مهاجمته لفكرة الحقوق الطبيعية التي ينادي بها بعض الفقهاء والذين يرون بأن الحق صفة ملازمة للإنسان وأنها متوفرة له وحتى قبل وجود المجتمع بينما يلاحظ هو بأن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه يعيش مع أبناء جنسه وأنه لم يعيش أبداً منفرداً معزولاً عن بقية الأفراد لذلك فالقول بوجود حقوق طبيعية ملازمة للفرد قبل أن يدخل المجتمع قول غير صحيح وحتى ولو فرض جدلاً إمكانية أن يعيش الإنسان منعزلاً عن بقية أفراد جنسه فإنه لا يتصور أن تثبت له حقوق ذلك لأن للحق طرفان هم الطرف الإيجابي (صاحب الحق) وطرف سلبي وهو من يتحمل بالحق وواجبه احترام الحق فإذا أمكن التسليم بوجود صاحب

(١) عرف مشروع القانون المدني العراقي الواجب في مادته (١٠٩) حيث نصت «الواجب سلوك مجتبه القانون تحقيقاً لمصلحة اجتماعية»

(٢) انظر: المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرة الحق)، د. عبد الحى جحازي مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٠ ص ١١ وما بعدها: دروس في نظرية الحق، د. محمد إيب شبيب، القاهرة ١٩٧٧ ص ٣-٤-٥ الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني (المصري واللبانجي) (النظرة العامة للحق)، دكتور رمضان أبو السعود بيروت ١٩٨٢ ص ٧ وما بعدها.



الحق فمن الذي سيتكلف بتحمل الحق واحترامه؟

وعلى هذا فإن (ديجي) يتكرر وجود الحقوق الطبيعية الملازم للفرد والسابقة في وجودها على وجود المجتمع وهو يتكرر فوق ذلك وجود حقوق ينشؤها القانون للأفراد ذلك لأنه يرى وحسب نظريته بأن الحق هو تسلط إرادة صاحب الحق على إرادات غيره من الأفراد والمكلفين باحترام الحق وبالتالي خضوع إرادات إنسانية لإرادات إنسانية أخرى أي أن الإرادات الإنسانية ستكون غير متساوية وهذا أمر غير سليم إذ أن إرادات الأفراد في المجتمع متساوية وليس هنالك إرادة فردية تسمو على إرادة أخرى ويستخلص من ذلك بأنه لا وجود للحق ويستبدل بفكرة الحق التي دعى لإخراجها من نطاق القانون بفكرة أخرى هي فكرة (المركز القانوني) فالقانون كما يرى يجب أن لا ينشئ حقوقاً للأفراد لبعضهم على بعض وإنما مراكز قانونية إيجابية أو سلبية تتيح لمن كان في مركز إيجابي أن يضيق من نشاط شخص آخر يكون في مركز سلبي وكل ذلك تطبيقاً للقاعدة القانونية ولما تفرضه من واجبات والتزامات فالجميع سواء من كان في مركز إيجابي أو كان في مركز سلبي وهو سواء في الخضوع لحكمها فني عقد الفروض فإن المفروض سيكون في مركز قانوني يتيح له أن يطالب المفترض الذي يكون في مركز قانوني سلبي برد الفرض في الأجل المضروب للرد تطبيقاً للقاعدة القانونية بجعل الأول في مركز إيجابي والثاني في مركز سلبي لكنها سواء في الخضوع للقانون لكنها يجب أن نوضح بأن انتقادات (ديجي) لفكرة الحق لم تسلم هي الأخرى من النقد والتجريح إذ يلاحظ بأن (ديجي) قد أعطى للحق مفهوماً معيناً جعله مجال نقده.

كما أن قوله بأن الحق يقتضي تغليب إرادات إنسانية على إرادات إنسانية أخرى لم يقلل بها أحد وأخيراً فإن اقتراحه كبديل لفكرة الحق وهي (المراكز القانونية) ليست في حقيقتها عند التمعن والتعمق إلا فكرة الحق وإن اتخذت شكلاً آخر وتسمية أخرى.

وختاماً فلابد من التأكيد على أن فكرة الحق هي من الأفكار الموجودة والمنسلم بها إذ هي من الحقائق المسلمة في فقه القانون.

## ٢- التعريف بالحق:

لقد كان تعريف الحق مثار خلاف كبير بين الفقهاء وذلك باختلاف وجهات نظر الفقهاء وباختلاف المدى الذي يقصدونه من الحق ونعرض هنا بشكل موجز لأهم النظريات التي تولت التعريف بالحق وهي:

## ١- النظرية الشخصية (نظرية الإرادة)

يعرف الحق بموجب هذه النظرية بأنه تلك القدرة أو السلطة الإرادية التي ينفذها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم<sup>(١)</sup>. فجوهر الحق هو القدرة الإرادية التي تثبت لصاحبه لكن هذه الإرادة محكومة بالقانون فهو الذي يمنحها أي أنها لا توجد خارج نطاق القانون فالقاعدة القانونية حين تنظم العلاقات في المجتمع تحدد لكل شخص نطاقاً تسود فيه إرادته مستقلة عن كل إرادة أخرى وفي نطاق هذه الحدود يوجد الحق<sup>(٢)</sup>. فالحق وفقاً للنظرية التقليدية هو سلطة الإرادة يتولى القانون منحها وحمايتها والحق هو سلطة إرادة الفرد في أن يقوم بكل ما يساعد على تحقيق الأهداف التي يكفلها النظام القانوني.

وعلى هذا فالمعاصر الأساسي في الحق هو إرادة الفرد وحاجة هذه الإرادة لنطاق تلعب فيه دورها بحرية وكل ذلك نتيجة للتطور الفردي لهمة القانون وهي لتحقيق الانسجام بين الإرادات الفردية<sup>(٣)</sup>.

ومن أبرز أنصار هذا الاتجاه الفقيهان الألمانيان (وند شايد، وسافيني) ولقد تعرضت هذه النظرية لانتقادات عديدة منها.

١- تأكيد النظرية على أن الحق قدرة إرادية معناه ضرورة وجود الإرادة لدى كل من اكتسب حقاً وهذا خلاف ما تأخذ به كل الشرائع من أن لعديمي الإرادة كالمجنون والصبي غير المميز حقوقاً كحائزيها سواء بسواء بل أن الحق قد يثبت للذئاب دون علمه ودون تدخل إرادته.

٢- أن الأخذ بهذه النظرية معناه عدم الاعتراف بالأشخاص المعنوية ذلك أنه إذا كان هذه الأشخاص إرادة فإنها ليست إرادة حقيقية على كل حال وبالتالي فإنه سيكون من المعسر وفقاً لهذا المنظور القول بأن لها حقوقاً.

٣- أن تعريف الحق بأنه قدرة إرادية يؤدي إلى الخلط بين وجود الحق واستعماله أو بين الحق ومباشرته فالحق يوجد ولو دون تدخل الإرادة أما استعمال الحق فلا يأتي إلا عن طريق الإرادة فعديم الإرادة تثبت له الحقوق ولكنه لا يستطيع مباشرتها لذلك فإن القانون يعين له وصياً أو ولياً لكي يباشرها بدلاً منه.

(١) ب. حسن كيرة، المدخل إلى القانون ط ٤ الإسكندرية ١٩٧١ ص ٤٣٦.

(٢) د. إسحاق طالم محاضرات في النظرية العامة للحق، ط ٢ القاهرة ١٩٤٨ ص ١٠.

(٣) د. ثروت أبيس الأسير، مبادئ القانون للحق (القاهرة ١٩٧٤) ص ١٢، ١٣.

## ٢- النظرية الموضوعية (نظرية المصلحة):

يعرف الحق وفقاً لهذه النظرية بأنه:

مصلحة يحميها القانون وواضح هذا التعريف للحق هو الفقيه الألماني إيرنغ الذي نظر إلى الحق من ناحية موضوعه والغاية منه لا من حيث صاحبه ذلك لأنه لاحظ بأن يثبت لذوي الإرادة وهو يثبت أيضاً لعددي الإرادة على السواء كذلك فالعبارة ليست بالإرادة التي تنشط أو تسود وإنما العبارة بغاية الإرادة أي الغرض الذي تنشطت من أجله فحين تنشط إرادة الرضي أو الولي للقيام بعمل لمصلحة الصغير فإن الحق يثبت لهذا الصغير وليس لهؤلاء فالمصلحة إذن هي جوهر الحق والمصالح أيًا كان نوعها سواء كانت مادية أو معنوية هي حقوق لحق الحياة وحق إبداء الرأي والشرف وهي حقوق معنوية تستوي لدى إيرنغ مع حق الملكية الذي هو حق مادي يمكن تقويمه بالنقد في أنها جميعاً مصالح مشروعة يحميها القانون أي حقوق بالمعنى الصحيح<sup>(١)</sup> وإذا كانت المصلحة هي العنصر الأول للحق وفق مفهوم إيرنغ فالحماية القانونية هي العنصر الثاني للحق وتستمد هذه من الدولة بالطبع فكل حق مزود بدعوى تكفال احترام المصلحة التي يهدف الحق إلى تحقيقها وإلى إقرارها.

ولقد لاحظ إيرنغ أن هنالك أحوالاً تحقق فيها حماية القانون لبعض المصالح دون أن ترتفع هذه إلى مستوى الحقوق فمصالح أصحاب المصانع الوطنية تحقيق الربح ولقد تحقق حماية هذه المصالح إذا ما صدر قانون يفرض رسوم جمركية على الواردات الأجنبية لمنع منافستها المنتجات الوطنية وليس معنى هذا أن لأصحاب المصانع الوطنية حقوقاً في منع المنافسة الأجنبية وفي تحقيق الأرباح ذلك لأن مصالح الخاصة ليست هي المقصودة بذاتها بل قصد المشرع من فرض الرسوم الجمركية حماية للاقتصاد الوطني أما حماية مصلحة أصحاب المصانع فقد جاءت عرضاً دون أن تقصد بالذات وعلى هذا فليس كل مصلحة يحميها القانون تعتبر حقاً وإنما المصلحة التي تعتبر حقاً هي المصلحة التي يحميها القانون لذاتها<sup>(٢)</sup>.

(١) جيل الشرقاوي: دروس في أصول القانون، الكتاب نظرية الحق، القاهرة ١٩٦٦ ص ١٨، حسن كبره المصدر السابق ص ١٣٣.

(٢) إسحاق حاتم، المصدر السابق ص ١٢.

وهذه النظرية متقدمة بدورها وأهم الانتقادات التي وجهت إليها:

١- أنها عرفت الحق بهدف والغاية منه وهي المصلحة وهي غاية الحق ومن الخطأ تعريف الحق بالغاية منه إذ لا ينبغي الخلط بين الحق وغايته (المصلحة). وذلك لأن الحق ما هو إلا وسيلة لتحقيق المصلحة وهذا يستتبع بالضرورة أن يكون الحق شيئاً آخر غير الغاية منه وعلى هذا فالتعريف يجب أن يذهب عليه<sup>(١)</sup>.

٢- أنها جعلت من الحماية القانونية العنصر الثاني للحق فعنصر الحماية به وجب هذه النظرية فيصل وجود الحق أو عدم وجوده بالرغم من أن الحماية هي نتيجة للتسليم بمجرد الحق وتالية لقيامه فهي تأتي بعد أن يوجد الحق فالقانون يحمي الحق إذا وجد هذا وبالتالي فلا يمكن اعتبار الدعوى مختصراً أو ركناً من أركان الحق وإنما هي وسيلة لحمايته تأتي بعد نشوئه ووجوده فالحق ليس كذلك لأن القانون يحميه بل الصحيح أن القانون يحميه لأنه حق.

### ٣- النظرية المختلطة:

تجمع هذه النظرية بين النظريتين السابقتين وقد أبرز أنصارها في تعريفهم للحق ناحية الإرادة وناحية المصلحة فبينوا بأن الحق إذا كان سلطة إرادية فهو في الوقت نفسه مصلحة محمية أي أنهم جمعوا بين عنصر الإرادة وعنصر الحق. ولما كانت هذه النظرية قائمة على الجمع بين النظريتين السابقتين فالحق ليس الإرادة وهو ليس المصلحة وهو ليس هذا وذلك معاً.

### ٤- النظرية الحديثة (نظرية دابان):

يعرف دابان الحق بأنه ميزة يمنحها القانون لشخص ونحتملها طرق قانونية فيكون لذلك الشخص بمقتضى تلك الميزة أن يتصرف في مال أقر القانون باستثماره باعتباره مالكاً له أو باعتباره مستحقاً له في ذمة الغير<sup>(٢)</sup>.

**فإن عناصر الحق بموجب هذا التعريف هي:**

الاستثمار في مال أو قيمة معينة ثم تسلط صاحب الحق ولزوم وجود آخرين لاحترام هذا الحق ثم الحماية القانونية.

(١) د. توفيق حسن مرج، المدخل للعلوم القانونية، بيروت ١٩٧٥ ص ٢٥١، حسن كبر، المصدر السابق ص ٢٥.

(٢) د. عبد المحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية: ج ٢ (الحق) الكويت ١٩٧٠ ص ١٠٩.



### (١) الاستئثار أو الافتشاء:

فالحق هو اختصاص صاحب الحق بقيمة معينة أو بهال معين بحيث يتسبب له ذلك بأن يقول أن هذا المال له أو هذه القيمة متاعاً خاصاً به فالحق علاقة استئثار أو انتفاء بين شخص وشيء وهو يثبت لصاحب الحق ولو لم تتوفر فيه الإرادة وموضوع الاستئثار يرد على الأشياء المادية المستقلة عن الشخص كالمشغولات والعقارات فيرد على القيم اللصيقة بالشخصية كحياة الإنسان وسلامة بدنه والحريات كما يرد أيضاً على أشياء مادية ومعنوية ذات كيان خارجي عن الشخص ويكون هو الذي أوجدها فهي تنتمي إليه بسبب أنه هو الذي أنشأها كحق المؤلف فيها ألحق وحق المخترع فيها اخترعه ففي هذه الأحوال يكون انتفاء هذه الأشياء مباشرة فلا يتوسط بينها وبين الشخص وسيط وقد يكون موضوع الاستئثار أدياناً إيجابية أو سلبية مالية أو غير مالية يلتزم شخص في مواجهة شخص آخر بالقيام بها ويكون الانتفاء في هذه الحال غير مباشر إذا أنها حق الدائن قبل المدين وبواسطة المدين.

### (٢) التسلط:

ويقصد بالتسلط القدرة على التصرف فإذا كان الشيء يخص صاحب الحق كانت له السلطة عليه إذ هو بالنسبة لهذا الشيء المتسلط ويوضح عنصر التسلط عن طريق بيان مضمونة بالنسبة لحق الملكية على شيء مادي فنقول: إن التسلط يضمن القدرة لذلك الشيء والحرية في أن يفعل من حيث الأساس فيها يملكه فيستطيع أن يستعمله وإن يستغله سواء لصالحه أو لصالح الغير كما يستطيع أن يتصرف فيه تصرفاً قانونياً فينقل حقه كلاً أو بعضاً إلى الغير وسواء أكان هذا بمقابل أو بدون مقابل ولا يتوقف (التسلط) في وجوده على ممارسته فعلاً من جانب صاحبه إذ لا يلزم أن تكون سلطة مادية أو اقتصادية فهي سلطة معنوية قانونية يضعها القانون تحت تصرف من ينتمي إليه الشيء وعلى ذلك فإن من يكون له الانتفاء نقل له السلطة ولو وجد مانع يمنعه من أن يباشر هذه السلطة كما في حالة المحجور والقاصر وهو يستطيع أن يستعيد حقه في حرية التصرف متى زال المانع.

### (٣) احترام الغير للحق:

الحق وإن كان ميزة لصاحبه يقتضي في الوقت ذاته وجود الغير أي وجود شخص أو أكثر يسري الحق في مواجهتهم ومضمون هذا العنصر من عناصر الحق أن جميع الناس غير

صاحب الحق ملزمون باحترامه واحترام الحق يقع على الناس كافة فإذا وقع العدوان من الغير كان لصاحب الحق أن يدفع هذا العدوان عن طريق الانتصاء.

#### (٤) الحماية القانونية:

وهذا هو العنصر الأخير للحق بموجب نظرية دايان وهو عنصر أساسي لا يمكن أن يوجد الحق بدونته فالحق بمعناه الحقيقي هو ذلك الحق الذي يحميه المجتمع عن طريق ما يقصده من وسائل قانونية للدفاع عنه فالحق الذي لم تتولى الجماعة حمايته لا يكون موجوداً من الناحية القانونية ولو اعتبر موجوداً من الناحية الأخلاقية والدعوى القضائية التي رسمها القانون لتحقيق هذه الحماية هي نتيجة الحق فالشخص لا يستطيع الوصول إلى حقه بيده بل لابد من تدخل السلطة لحمايته.

#### (٥) تعريف الحق في مشروع القانون المدني العراقي:

عرفت المادة (٨٨) من مشروع القانون المدني العراقي الحق بأنه (الحق ميزة يمنحها القانون وبموجبها تحقيقاً لمصلحة اجتماعية).

ويلاحظ بأن مشروع القانون المدني العراقي في تعريفه للحق قد أخذ بالنظريات الأكثر تقدماً في التعريف بالحق واعتنى بتلك النظريات التي تعطي للحق بعداً اجتماعياً متقدماً فالحق وكما أخذ به مشروع القانون ليس حقاً طبيعياً يقترن وجوده بوجود الشخص وسابقاً لوجود القانون وهو ليس حقاً فردياً مطلقاً وإنما هو ميزة (استثار بقيمة معينة وتسلفاً) يقرها القانون فالحق هنا قانوني لا يوجد إلا إذا أنشأ القانون ثم هو يحميه وكل ذلك تحقيقاً لمصلحة اجتماعية ذلك (لكون القانون لا يعترف بالحقوق حاية لكافة المصالح التي يقصده إليها الأفراد في المجتمع. بل هو يتخير منها ما يكون جديراً بالحماية ولا تستحق مصلحة الفرد حاية القانون إلا إذا اتفقت مع المصلحة العامة للجماعة لذلك يتفقد استعمال الحق بمصلحة الجماعة)<sup>(١)</sup>.

ولقد أبرز مشروع القانون المدني المضمون الاجتماعي للحق بصورة واضحة وذلك في مجال تعريفه لحق الملكية (أهم الحقوق المدنية ذات القيمة المالية وأبعدها أثراً) حيث نصت المادة (١٢٥) منه على أنه:

(١) د. إسماعيل غانم المصدر السابق ص ١٦.

(المالك في حدود القانون التصرف في ماله واستعماله واستغلاله طبقاً للغاية الاقتصادية والاجتماعية للملكية باعتبارها وظيفة اجتماعية) فالمالك وفق هذا التصور ليس مطلق التصرف في ماله وإنما هو محكوم بتأدية الوظائف الاقتصادية والاجتماعية للملكية باعتبارها وظيفة اجتماعية فلا استغلال ولا استعمال غير مشروع ولا تعسف يضر بالغير قد (استعمال الحقوق يجب أن يقتصر على غاياتها الاقتصادية والاجتماعية والأضرار الاستعمال تعسفياً ومجافياً للمضمير العام ومتخبطاً مضمون الحق، لأن الحقوق من الوجهة الاجتماعية نسبية لا مطلقة بها في ذلك حتى الملكية)<sup>(١١)</sup> إن الاختيار الذي أخذ به مشروع القانون المدني في تعريفه للحق وتأكيد على المضامين الاجتماعية له يأتي تطبيقاً للمبادئ المعلنة في قانون إصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧ الذي بين المبادئ والأهداف والأسس والوسائل لإصلاح شامل للنظام القانوني في قطرنا الذي كرس مبادئ حزب البعث العربي الاشتراكي والثورة في قطرنا وكذلك مقولات السيد الرئيس القائد صدام حسين (حفظه الله) في إقامة مجتمع عربي اشتراكي موحد خال من الاستغلال والتحكم وفي إقامة علاقات متوازنة بين الأفراد في المجتمع تهدف فوق تحقيق المصالح الفردية تحقيق مصلحة المجموع<sup>(١٢)</sup>.

(١١) ريمون سالي، دراسة في النظرية العامة للالتزام (باللغة الفرنسية)، الطبعة الثالثة باريس ١٩١٤، ليبريري جنرال، ص ٣٧١ هامش نقلاً عن د. ثروت أنيس الأسيرطي، المصدر السابق ص ٢٧.

(١٢) انظر هذا العدد.

أ- المفهوم البعثي للقانون والعدالة (نص حديث السيد الرئيس المفاهيم صدام حسين في الندوة الموسعة لرجال القضاء في ١١/٨/١٩٧٩ - وزارة الثقافة والإعلام (دائرة الإعلام الداخلي العامة) - السلسلة والوثائقية الرقم (١٦) بغداد ١٩٧٩.

ب- المعهام المطلوبة وآفاق المستقبل: نص الحديث التاريخي للسيد الرئيس القائد صدام حسين (حفظه الله)، خلال لقائه برؤساء المؤسسات والقدراء العاملين في وزارتي الصناعة والمعادن والصناعات الخفيفة بتاريخ ١١/١٢/١٩٨٧ وزارة الصناعة والمعادن/ بغداد، شباط ١٩٨٧.

ج- التقرير السنوي للمؤتمر القطري الثامن / ١٩٧٤.

د- التقرير المركزي للمؤتمر القطري التاسع، بغداد ١٩٨٣.

هـ - قانون إصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧، بغداد ١٩٧٧ وزارة العدل.

## الفصل الحادي عشر

### طبيعة الحق

#### المبحث الأول: طبيعة الحق في الفكر الفردي

يرى أنصار هذا المذهب أن الفرد هو هدف القانون الأسمى فلم يوجد القانون إلا لحماية الأفراد وتمكينهم من التمتع بها<sup>(١)</sup>.

وهذا المذهب يتقرر إلى الفرد ذاته ويعتبر أنه خلق حرًا وإن هذه الحرية تنرقف على سعادته وإن الناس متساوون جميعًا في الحرية كما أنهم يتساوون أيضًا في الحقوق وإن هذه الحقوق تفرضها الطبيعة للإنسان فتولد معه موجودة قبل وجود القانون وبالتالي فليس اعتراف القانون بها هو الذي أوجدها بل إن وجود هذه الحقوق كان سابقًا على وجود المجتمع ذاته وكان دخول الإنسان في عضوية المجتمع مشروطًا بوجوب احترام حقوقه الأساسية ولذلك تسمى هذه الحقوق بالحقوق الطبيعية لأنها مستمدة من الطبيعة لا من القانون<sup>(٢)</sup>.

ولكن ولما كان الأفراد جميعًا يملكون حقوقًا متقابلة ومتساوية فقد يؤدي ذلك إلى تعارضها وتصادمها عليه فمهمة القانون هو التوفيق بين الاستعمالات المتضاربة لهذه الحقوق بحيث يؤدي ذلك إلى استفادة الجميع من هذه الاستعمالات وبما لا يتعارض مع استفادة سائر الأفراد الآخرين.

ففي هذا المذهب يتركز النظام القانوني كله حول الأفراد أي على الحق باعتباره امتيازًا للأفراد وليس للقانون أي دور أو معنى إلا تحديد حقوق الأفراد وتثبيتها والدفاع عنها عند أي اعتداء<sup>(٣)</sup> ولذلك فإن طبيعة الحق في المذهب الفردي تحدد بأنها امتيازات طبيعية مطلقة سابقة في وجودها على القانون والدولة.

(١) د. حسن كبر، المصدر السابق ص ١٦٦.

(٢) د. ليث شبيب خروص في نظرية الحق القاهرة، ١٩٧٧.

(٣) د. حسن ذنون فلسفة القانون، بغداد ١٩٧٥ ط ١ ص ٢٢.



## المبحث الثاني

### طبيعة الحق في المذهب الاشتراكي

يقوم هذا المذهب أساساً على مختلف عن الأساس الذي يقوم عليه المذهب الفردي فالمذهب الاشتراكي لا ينظر إلى الفرد باعتباره كائناً مستقلاً عن غيره بل باعتباره كائناً اجتماعياً يعيش في جماعة وله حقيقة الاجتماعية وهو متعاون مع غيره في تحقيق مصلحة الجماعة التي ينتمي إليها وإسعادها وإن هذا العمل المشترك هو الذي يؤدي بالنتيجة إلى خير الفرد وصالحه. والقانون بموجب هذا المذهب ينبعث من ضرورات الحياة في المجتمع وهو لا يبدأ إلا عندما تبدأ الحياة في المجتمع، والقانون هو الذي يقوم بإنشاء الحقوق ويمنحها للأفراد فليس لها وجود ذاتي أو مستقل عن القوانين التي تقررها أو تثبتها ومن ثم فلا وجود لها يسمى بالحقوق الطبيعية فالحقوق كلها قانونية لأن مصدرها القانون<sup>(١)</sup>.

كما أن دور الدولة بموجب هذا المذهب ليس دوراً سلبياً كما في مذهب الفردي بمعنى أن دورها لا يقتصر فقط على منع الفرد من تجاوز حقوقه ومنعه من الاعتداء على حقوق الآخرين بل إن لها دوراً إيجابياً فعالاً فهي تتدخل في شؤون الأفراد طالما أن الأمر يتعلق بالمصالح العامة ويعني ذلك دعوة الجماعة إلى تشديد قبضتها على الأفراد والتدخل في نشاطهم بما يحفظ المصالح العامة ويحمي الضعفاء من قبضة الأقوياء<sup>(٢)</sup> فالحقوق من الجماعة وللجماعة وهي تدور

(١) د. شهب، ص ٧.

هذا ولما اختلف المذهب في الفقه الإسلامي بأنها إلهية المصدر باعتبار إيمادهما «الحقوق في الشرع الإسلامي تصدر عن الشارع، فالعقود لا تنتج آثارها إلا بحكم الشارع هي في حقيقتها لهذه الآثار أسباب جعلية أي أنها جعلت أسباباً لأثارها بحكم الشارع وترتيب هذه الأسباب للمسببات من الشرع، ومعطي الحقوق هو الله لأنه هو الذي أنزل ذلك الشرع، وأوصى بمصادره الأولى من القرآن بحق الملك والمالك والاختصاص والاستيلاء على المباح مستند من أحكام الشارع، فهو الذي منح حق الملك فيما يجوز امتلاكه ومنعه فيما لا يجوز امتلاكه.

مماضرة الدكتور الأستاذ محمد أبو زهرة عن التصرف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية في أسوع الفقه الإسلامي المعقد في دمشق ص ٩٤.

نقلاً عن كتاب الإنهاء الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي للدكتور محمد فاروق النيهان طبع في دار الفكر، بيروت لسنة ١٩٧٠ ص ١١٥.

وفي الشريعة الإسلامية فإن للحق وظيفة اجتماعية إذ الإمام الشاطبي «في الشريعة الإسلامية فالمصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة عند التعارض». المواقفات في أصول الشريعة لأبي إسحاق الشاطبي ج ٢ ص ٣٥٠ مطبعة الشرق الأدنى بالوسكي، القاهرة، السنة ١٩٨٠.

(٢) د. حسن كبرق، ص ١٧٣.

مع التنظيم الاجتماعي والاقتصادي للجماعة وتأثيره ويتحكم هو فيها وهي إلسا تقرر لمصلحة الجماعة لا لمصلحة الفرد وإنما لذلك تعتبر مجرد اختصاصات أو وظائف اجتماعية وأصحابها موظفون عامون موكلون باستعمالها على وجه يحقق المصالح العام<sup>(١)</sup>.  
فالقانون الذي تصدره السلطة هو الذي يحدد حقوق كل فرد وواجباته ويترتب على الأخذ بهذا المذهب نتائج مهمة منها:

- ١- من الناحية السياسية: ليست الحرية مطلقة فهي مقيدة بالمصالح العام.
- ٢- من الناحية الاقتصادية: تدخل الدولة في كافة نواحي النشاط الاقتصادي وتشجيع النشاط العام والاعتماد عن مذهب الاقتصاد الحر.
- ٣- من الناحية القانونية: التوسع في نطاق القانون وازدياد القواعد الأمر التي تهدف إلى إقامة المساواة بين الأفراد تضيق مبدأ سلطان الإرادة اعتبار الملكية وظيفية اجتماعية وليست حقاً مطلقاً<sup>(٢)</sup>.

---

(١) د. فتحي الدريش، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التصف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت، انظر ص ١٨١ وما بعده السنة بلا.  
(٢) انظر قانون إصلاح النقام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧.

## الفصل الثاني عشر

### عناصر الحق وأركانه

يتضمن هذا الفصل معالجة موضوع عناصر الحق وأركانه:

#### المبحث الأول: عناصر الحق<sup>(١)</sup>

لقد بينا عند دراستنا لتعريف الحق مدى الاختلاف بين الفقهاء في بيان ماهية الحق وبينان عناصره الجوهرية المكونة له ولكن ومع ذلك فإن دراسة تحليلية لبيان عناصر الحق الخاصة به والمميزة له تؤدي بنا إلى القول بأن الحق يحتوي على عنصرين أساسيين هما الرابطة القانونية والاستتار.

##### ١- الرابطة القانونية:

إذا كان اعتبار الرابطة القانونية عنصرًا أساسيًا مسبقًا به من عناصر الحق فإن الضعوية تنور في بيان ماهية هذه الرابطة فينبأ يلذهب أكثر الفقهاء إلى أن الرابطة التي يحكمها القانون أي الرابطة القانونية لا يتصور وجودها إلا بين الأشخاص وحدهم إذ ليس من المتصور وجود رابطة بين الأشخاص والأشياء على اعتبار أن كل رابطة قانونية تفترض حقًا من ناحية والتزامًا من الناحية الأخرى فليس من المعقول تكليف الأشياء بواجب أو التزام معين. على أن الأخذ بهذا التصور للرابطة القانونية يؤدي بالنتيجة إلى القول بتوافرها في بعض أنواع الحق دون البعض الآخر أي بتوافرها في الحق الشخصي دون الحق العيني لذلك حاول بعض الفقهاء الخروج من هذا المأزق وذلك عن طريق التجايل في القول بأن الرابطة القانونية قائمة بين الأشخاص في الحق العيني كما هي في الحق الشخصي إذ توجد رابطة قانونية بين شخص صاحب الحق العيني وبين الناس كافة يلتزمون بموجبه بالامتناع من الاعتداء على حقه.

وحيث أن الرابطة القانونية ليست فقط (رابطة اقتضاء) أي علاقة بين الدائن والمدين وإنما هي كذلك (رابطة تسلط) أي سلطة مباشرة لشخص على شيء معين كحق الملكية لذلك يمكن القول بأن الروابط القانونية تنقسم إلى نوعين:

(١) حسن كبرى، المصدر السابق ص ١٣٦ - ١٤٣، ونعس الدين الركيل الدخول لدراسة القانون، الإسكندرية ١٩٦٥، ط ١ ص ٣٠١ - ٣٠٢.

#### أ- روابط اقتضاء:

وهذه لا تكون إلا بين شخص وشخص آخر يلتزم بموجبها أحدهما وهو المدين بأن يقدم أداءً معيناً للشخص الآخر الدائن.

#### ب- روابط تسلط:

وهذه لا تكون إلا بين الأشخاص والأشياء يمارسون بموجبها سلطة مباشرة قبل هذه الأشياء.

#### ٢- الاستثناء:

عناصر الاستثناء معناه أن الشخص يستأثر بأشياء أو قيم أي أنه يختص بها وحده دون غيره من الأشخاص فيكون هذا الشيء أو هذه القيمة موضوع الحق تابعاً للشخص وهو يختص به ويمارس عليه ما يجوله له القانون من تسلط أو اقتضاء دون سائر الناس فإلّا لك يستأثر وحده بالتسلط على ملكه وله أن يتصرف فيه بالكيفية وحسب الحدود التي رسمها القانون وليس لشخص آخر معارضته في ذلك والمقرض كذلك هو وحده الذي يختص دون غيره من الأشخاص بحق اقتضاء مبلغ المقرض من المقرض وليس لغيره هذا الحق بشأن نفس المقرض.

#### ٣- الحماية القانونية أو الدعوى التي يزود بها الحق والتي تكفل

احترامه<sup>(١)</sup>.

(١) يختلف رجال الفقه المختصون اختلافاً كبيراً بسبب اعتبار الحماية القانونية عنصراً آخر من عناصر الحق إذ ينسبوا إليه بعضهم أهمية كبيرة (أنظر تعريفه لإبراهيم دابان) لا يرى البعض الآخر اعتباره كذلك ومتهم المذكور حسن كيرة الذي يرى بأن الحماية القانونية لا تعبر أن تكون إلزاماً من آثار وجود الحق واستناداً إلى القانون/ حسن كيرة المصدر السابق ص ٤٤٦



## المبحث الثاني

### أركان الحق

لما كان لكل حق أو مركز قانوني ركنان أساسيان هما أشخاص الحق (أصحاب الحقوق) والأشياء والأعمال (أعمال الحقوق) لذلك ستدرسها بالتتابع فنخصص الفرع الأول لأشخاص الحق والفرع الثاني للأشياء والأعمال أي لمحل الحق.

#### الركن الأول: أشخاص الحق:

لا بد لكل حق من صاحب بسبب إليه إذ لا يمكن تصور الحق إلا منسوباً إلى شخص من الأشخاص وإذا كان الأمر كذلك أي لا يمكن نسبة الحق إلا إلى شخص في المقابل فإن الواجب أو الالتزام الذي يقابل الحق لا بد أن يقع هو الآخر على الأشخاص. والشخص في نظر القانون هو كل من يصلح لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزام فتبنت الشخصية القانونية للإنسان باعتباره أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وهو ما يطلق عليه بالإنسان الطبيعي.

ولكن الشخصية القانونية ليست مقصورة على الإنسان وحده فهي تثبت لبعض جماعات من الأفراد وبعض مجموعات الأموال وذلك تلبية لدواعي الضرورة العملية وهو ما يطلق عليه الشخصية الاعتبارية أو المعنوية.

لذلك يكون الكلام عن أشخاص الحق في موضوعين أولهما عن الشخص الطبيعي، وثانيهما عن الشخص الاعتباري أو المعنوي.

(سنرجى الكلام في هذين الموضوعين إلى الفصل الثامن عشر من هذا المؤلف لضرورات اقتضاها مسألة وضع مفردات هذا الكتاب وهي مفردات واجبة الاتباع).

#### الركن الثاني: محل الحق

الحقوق المالية هي إما حقوق عينية أو حقوق شخصية ولما كان الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص على شيء معين كان الشيء هو محل الحق في هذه الحالة وفي الحق الشخصي نجد أن محل الحق هو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل الذي يلتزم به المدين الذي يمكن إجباره عليه.

وفي دراستنا لموضوع الحق نبين أولاً موضوع الحق الشخصي وهي الأعمال كما نبين موضوع الحق العيني وهي الأشياء.

#### أولاً: الأعمال

الأعمال باعتبارها عدلاً للحقوق الشخصية إما أن تكون أعمالاً إيجابية أو أعمالاً سلبية أي التزاماً بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل وبشرط في هذه الأعمال أن تكون ممكنة ومعينة أو قابلة للتعين ومشروعة.

١- أن يكون العمل أو الامتناع عنه ممكناً أي يكون من المستطاع القيام به أو قد يكون العمل مستحيلاً استحالة مطلقة ويكون العمل مستحيلاً استحالة مطلقة إذا كان مستحيلاً لذاته أي بالنسبة للناس كافة لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم فحسب (الاستحالة الموضوعية) مثالها تعهد الشخص بعبور المحيط سباحة أو أن يلعب السباح بأصبعه وهذه هي الاستحالة الطبيعية.

وقد تكون الاستحالة المطلقة استحالة قانونية كأن يتعهد استئناف في قضية بعد انقضاء مدة الاستئناف.

فإذا كان الأمر كذلك أي كانت الاستحالة مطلقة فإنه يترتب عليها بطلان الالتزام إذا لا التزام بمستحيل.

وقد تكون الاستحالة نسبية وفيها يكون الالتزام مستحيلاً على المدين دون غيره ففي هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على عمل صحيح والاستحالة النسبية يكون المدين مسؤولاً عنها ويجوز المطالبة بفسخ العقد مع طلب التعويض.

٢- إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل وجب أن يكون العمل الواجب القيام به أو الامتناع عنه معيناً أو قابلاً للتعين فإذا تعهد مقاول بإقامة بناء وجب أن يتعين هذا البناء بأن تعين الطبقات التي يتكون منها وغرف كل طبقة ومساحة كل غرفة ذلك من البيانات التي تعين البناء تعييناً كافياً وإذا كان الالتزام الامتناع عن عمل فيجب تعيين نوع العمل الذي ليعتصم المدين القيام به ومدى هذا الالتزام في الزمان والمكان.

٣- مشروعية المحل: يشترط في المحل أن يكون مشروعاً فإذا تبين أنه غير مشروع بأن كان مخالفاً للنظام العام الآداب كان الالتزام باطلاً مثال الالتزام الذي يكون عمله غير مشروع التزام الشخص بارتكاب جريمة مثلاً.

## ثانياً: الأشياء

الأشياء هي محل الحق المعيني والشيء هو كل ما له كيان ذاتي مستقل عن الإنسان كما لأرض والشجر والأشياء قد تكون مادية فتدركها الحواس وقد يكون الشيء معنوياً فلا يدرك بالحواس وإنما يدرك بالفكر فهي أشياء ذهنية أو معنوية والأشياء المادية هي التي تصلح محلاً للحقوق العينية أما الأشياء المعنوية فتكون محلاً للحقوق الأدبية أو المعنوية. والأصل جواز التعامل بالأشياء أما المنع من التعامل فقد يأتى من طبيعة الشيء فتخرجه من التعامل أو أن القانون يحرم التعامل فيه.

١- الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها فالشيء قد لا يكون قابلاً للتعامل فيه نظراً لطبيعته وذلك إذا استعصت طبيعته على هذا التعامل كأشعة الشمس والهواء والبحر فهذه أشياء مشتركة لا يجوز انتفاع للبعض منها دون انتفاع الآخرين وقد يصبح التعامل في هذه الأشياء ممكناً من بعض النواحي إذا أمكن الاستئثار بمقدار محدود منها كالهواء المضغوط والماء بعد حصره وإحرازه.

٢- الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون وقد تكون الأشياء قابلة للتعامل فيها بطبيعتها ولكن القانون يخرجها من التعامل فيكون التعامل فيها غير مشروع ومثلها التصرف في الأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة ذلك لأن إباحة التصرف فيها من شأنه تعطيل الغرض الذي خصصت من أجله ولكن يجوز التعامل فيها إذا فقدت صفتها بانتهاج تخصيصها للمنفعة العامة ومثلها أيضاً تحريم التعامل في الآثار القديمة وتحريم التعامل في الأسلحة والمفرقات والمخدرات إلخ.....

وبلاحظ أن المشرع إنما يخرج بعض الأشياء من التعامل فإنها يكون مدفوعة باعتبارات ترجع إلى المصلحة العامة أي اعتبارات النظام والآداب.

## تقسيمات الأشياء

تنقسم الأشياء إلى تقسيمات كثيرة أهمها:

١- أشياء قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك.

٢- أشياء مثلية وأشياء قيمة.

٣- عقارات ومنقولات.

**أولاً- الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك:**  
الأشياء القابلة للاستهلاك هي: الأشياء التي لا يمكن استعمالها والاستفادة منها إلا إذا أدى ذلك إلى استهلاكها سواء كان الاستهلاك مادياً أو قانونياً كالنفود والمأكولات والوقود والموائل.

أما الأشياء الغير قابلة للاستهلاك فهي الأشياء التي تقبل الاستعمال المتكرر دون أن تستهلك بمجرد هذا الاستعمال كاللدور والأراضي والسيارات والآلات الزراعية وأهمية هذا التقسيم هي:

١- أن حق المتفعة وحق الاستعمال لا يردان على الأشياء القابلة لاستهلاك ذلك أن المتفع أو صاحب حق الاستعمال ملزم عند انتهاء حقه برد العين إلى صاحبها.

٢- كذلك فإن هنالك من العقود التي لا يمكن أن تتعلق بالأشياء القابلة لاستهلاك وهي العقود التي تلزم أحد المتعاقدين برد الشيء الذي تسلمه بعد استعماله كت عقد الإيجار فلا يجوز تأجير شيء قابل للاستهلاك إذ أنه يترتب على استعمال هذا الشيء هلاكه.

## ثانياً - الأشياء المثلية والأشياء القيمية:

الأشياء القيمية وتسمى أيضاً بالأشياء المعينة بالذات فهي الأشياء التي تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به في المعاملات ولا يقوم بعضها مقام البعض الآخر في الوفاء أو يفقد نظيرها في الأسواق كاللدور والأراضي والكتب الخطية والأحجار الكريمة.

أما الأشياء المثلية وتسمى أيضاً بالأشياء المعينة بالنوع فهي الأشياء التي لها نظير في أسواق التجارة بدون تفاوت بينها أو يتفاوت يسير لا يعتد به التجار أو المشترون وتقدر هذه الأشياء عادة في التعامل بينها أو بتفاوت يسير لا يعتد به التجار أو المشترون وتقدر هذه الأشياء عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن كالنفود والحبوب والفواكه.



ولتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة أهمية تبدو فيما يلي:

- ١- تنتقل الملكية في الأشياء القيمة كقاعدة عامة بمجرد انعقاد العقد أما في المثليات فإن انتقال الملكية أو الحق العيني يترافق إلى حين التسليم أو للتعيين.
- ٢- هلاك الأشياء القيمة يجعل تنفيذ الالتزام المنصب عليها مستحيلًا ومن ثم يعصار إلى التعريض أما هلاك الأشياء المثلية فلا ينهي الالتزام لإمكان تنفيذه من جنس ما هلك.
- ٣- ليس للمدينين بشيء قيمتي أن يدفع شيئًا غيره بدون رضا الدائن حتى ولو كان مساويًا له في القيمة أو كان ذا قيمة أكبر أما الأشياء المثلية فيقوم بعضها مقام البعض الآخر في الوفاء وإن لم يرضى الدائن.
- ٤- لا تقع المقاصة القانونية إلا بين دينين موضوع كل منهما نقود أو مثليات ذات نوع واحد متحدة في النوع والجودة.

### ثالثًا: العقارات والمنقولات:

نصت المادة ٦٣ فقرة ١ من القانون المدني العراقي على أن:

العقار كل شيء له مستقر بحيث لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل الأرض والبناء والعراص والجسور والسدود والمناجل وغير ذلك من الأشياء العقارية وعرفت نفس المادة المنقول به كل شيء يمكن نقله أو تحويله دون تلف فيشمل النقود والعروض والمكبلات والمزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة (م ٦٢ / ٢) ومعيار التفرقة بين العقار والمنقول يرجع إلى طبيعة الشيء فإذا أمكن نقله أو تحويله من مكان إلى آخر دون تلف فهو منقول إلا فهو عقار وقاعدة هذا التقسيم هي:

١- التصرف في العقار خاضع لقواعد الشكلية فلا بد من تسجيله في دائرة التسجيل العقاري ذلك أن التصرف بالعقار لا يتعقد إلا إذا سجل في دائرة التسجيل العقاري. أما التصرف المنقول فغير خاضع لهذا التسجيل والعلة في اختلاف الحكم بين العقار والمنقول فيما يتعلق بوجوب التسجيل ثبات الأول وسرعة تداول الثاني مما يجعل إخضاعه للتسجيل ميسرًا.

٢- تحدد القوانين في كثير من البلدان مثل تلك الأجانب العقارات بخلاف ملكهم للمنقولات أو تصرفهم فيها.

٣- دعاوي الخيانة خاصة بالعقار دون المنقول.

٤- الشفعة خاصة بالعقار دون المنقول.

٥- التقادم المكتسب هو للعقارات المسجلة في دائرة التسجيل العقاري أما في المنقول فيخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

٦- الرهن التأميني يجري في العقار دون المنقول.

#### رابعاً العقارات بطبيعتها والعقارات بالتخصيص

العقار بطبيعته هو كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله دون تلف (م/ ٦٣ مدني) وينطبق ذلك على كل شيء جاز صفة الاستقرار بطبيعته كالأراضي والمناجم أو نتيجة صنع صانع كالبحاني والسواني والأشجار المغروسة..

وأما العقار بالتخصيص فهو المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له وصداً على خدمة هذا العقار واستغلاله) ويشترط في اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص الشروط التالية:

١- اتحاد المالك أي أن يكون مالك العقار والمنقول المخصص له واحداً فإذا كان المنقول مملوكات لشخص والعقار لشخص آخر فلا يتحقق الشرط فلا يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقولات التي يضعها المستأجر في العقار المستأجر حتى لو رصدت لخدمة هذا العقار.

٢- أن يخصص المنقول لخدمة العقار واستغلاله ولكي يتحقق هذا الشرط يجب أن يكون التخصيص لخدمة العقار ذاته وليس لخدمة شخص مالك العقار فتعتبر المواشي المخصصة للزراعة والمحاريس وآلات الري المتحركة عقارات بالتخصيص كما يشمل الاستغلال الصناعي فآلات التجارة والحداة والآلات الكهربائية تعتبر كلها عقارات بالتخصيص إذا كانت مملوكة لصاحب المصنع.

#### فوائد هذا التقسيم:

١- لا يجوز الحجز على المنقول (للعقار بالتخصيص) مستقلاً عن العقار الأصلي.

٢- يدخل العقار بالتخصيص في بيع العقار بطبيعته دون حاجة إلى ذكره صراحة في العقد.

٣- يشمل الرهن التأميني ملحقات الموهون المشيرة عقاراً ويشمل بوجه خاص للعقار بالتخصيص وتزول صفة العقار بالتخصيص إذا انتهى تخصيصه لخدمة العقار أو استغلاله وكذلك إذا زال اتحاد المالك بأن أصبح المنقول مملوكاً للشخص والعقار لشخص آخر.

## الباب السادس

### مصادر الحق

#### الفصل الثالث عشر: الوقائع القانونية

#### الفصل الرابع عشر: التصرفات القانونية

تستند الحقوق في وجودها إلى القانون فكل الحقوق ترد إلى القانون لأنه هو الذي ينظمها ويجمعها ولكن القانون يعتبر المصدر البعيد لكل الحقوق فما هي مصادرها القريبة والمباشرة للإجابة على هذا السؤال نقول بأن المصدر المباشر للحقوق هي الواقعة القانونية (بمعناها الواسع) وهي حادث يقع فيرتب عليه القانون أثر سواء أكان الحادث من قبل الطبيعة أم من فعل الإنسان وسواء أكان فعل الإنسان عملاً مادياً أو تصرفاً إرادياً ولقد اصطلح على تسمية الأحداث التي هي من فعل الطبيعة وكذلك الأفعال الإرادية للإنسان بالوقائع القانونية (بمعناها الضيق) أما التصرفات والأفعال الإرادية للإنسان فاصطلح على تسميتها بالتصرفات القانونية إذ هي ليست وقائع مادية بل هي أعمال إرادية بحثة وهو اتجاه الإرادة لأحداث نتائج قانونية معينة لذلك فإن مصادر الحق قسماً هما:

١) الوقائع القانونية.

٢) التصرفات القانونية.

وقيل البحث في هذين المصدرين لا بد لنا من تبيان أمرين أولهما هو أهمية التمييز بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني وثانيهما هو بيان الواقعة القانونية والتصرف القانوني كمصادر للحقوق الشخصية والحقوق العينية.

**أولاً - أهمية التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية:**  
للتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية أهميته ذلك لأن التصرفات القانونية تنفرد ببعض القواعد دون الوقائع القانونية وحيث أن عماد التصرف القانوني هو الإرادة فإنه يتفرد بكل القواعد القانونية التي تنظم قدرة الإرادة على ترتيب الآثار القانونية فإنه يتفرد بكل القواعد المتعلقة بالإرادة وبكيفية التعبير عنها وبشروط صحتها من حيث كمال أهلية من صدر التعبير عنه كما يشترط أن الإرادة خالية من كل عيب يشوبها وهي الإكراه والغلط والتفريط والغبن والاستغلال وهي عيوب الإرادة في القانون المدني العراقي كما يلزم أيضاً أن تستوفي الشروط التي يتطلبها القانون لكي تحدث الإرادة الأثر الذي اتجهت إليه كالتشكيلة في بعض العقود كذلك يتطلب القانون أن يكون للالتزام عمل مشروع وسبب مشروع وهذا مما يقيد من الإرادة ويجعلها عكسومة بالنظام العام والأداب وبالإضافة إلى ذلك فإن للفرقة بين التصرف القانوني والواقعة أثرها من حيث الإثبات فإذا كان المشرع قد أطلق من طرف إثبات الواقعة القانونية فإنه قد قيد إثبات التصرف القانوني<sup>(١)</sup>.

**ثانياً: التصرف القانوني والواقعة القانونية كمصادر للحقوق الشخصية والحقوق العينية:**

(١) الحقوق الشخصية: بين القانون المدني العراقي مصادر الحقوق الشخصية وهي العقد والإرادة المفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب والتي بمجموعها تشكل مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي. وهذه المصادر لا تعدو أن تكون إما تصرفات قانونية أو وقائع قانونية فبدخل في نطاق القانونية العقد والإرادة المفردة وبدخل تحت الوقائع القانونية العمل الغير مشروع والكسب دون سبب وهنالك وقائع يتولى القانون تحديدتها وبيان آثارها بشكل مباشر كالخوار والقراءة وهنا يقال بأن القانون هو المصدر المباشر للالتزام.

(١) د. إسماعيل غانم المصدر السابق/ ص ١٣٦، ١٣٧، ١٣٨ - د. توفيق حسن فرج المدخل للمعلوم القانونية ص ٨٦١.



٢٠ الحقوق العينية: وهذه أيضًا لا يخرج من أن تكون مضادها إما التصرف القانوني أو الوراثة القانونية. إذ بين القانون المدني العراقي بصدده الكت<sup>٢٠</sup> عن الحقوق العينية أسباب كسب الملكية فجعلها تكسب بالاستيلاء ابتداءً وتكسب بالموت الميراث والرصية وتكسب بين الأحياء بالاتصاف والشفعة والحيازة أما بالنسبة للحقوق العينية التي تنفرع عن الملكية فقد بحث القانون المدني حق التصرف والعقر والانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق المساطحة وحقوق الارتفاق وبيّن أن أسباب كسب ملكيتها تشابه من حيث الأساس مع أسباب كسب الملكية إلا ما تفرده هذه الحقوق من أسباب تتفق وطبيعة هذه الحقوق إلا أنه يجب أن يلاحظ بأن بعض أسباب كسب الملكية لا يقتصر على التصرف القانوني لوحده أو الوراثة القانونية بمفردها بل قد يتظاهر المصدران دون أن يحتلطا أو أن يحتلطا ليكونا سببًا لكسب الملكية وهذا النوع الجديد من الوقائع القانونية يسمى بالوقائع المركبة والمختلطة<sup>٢١</sup>.

[٢١] السوربي، الرميطة، ج١، طبعة ١٩٦٤، خامس من ١٤٥

(عمل أنه يمكن تمييز طائفة ثالثة من الوقائع القانونية تصح تسميتها بالوقائع المركبة والوقائع المختلطة، فإذا كانت الواقعة القانونية تتركب من واقعة مادية وعمل قانوني كانت مركبة، مثل ذلك الشفعة اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشروع أو الجوار، وهذه واقعة مادية بإعلان الشفع رغبت في الأخذ بالشفعة وهذا عمل قانوني. أما إذا كانت الواقعة القانونية شيئاً واحداً ولكن احتلط منه العنصر المادي بعنصر الإرادة كانت الواقعة مختلطة مثل ذلك الاستيلاء احتلطت فيه الخيارة المادية وهي عنصر مادي بإرادة المستولى في أن يحتلظ في الحال وهي عنصر إرادي ولكن العنصر الثاني هنا هو العنصر المتعلّب ومثل ذلك أيضًا الوفاء احتلظ فيه تسليم الشيء الواجب الأداء، وهو عنصر مادي بالاتفاق على التقيّد الدين، وهو عنصر إرادي ولكن العنصر الإرادي هو المتعلّب).



## الفصل الثالث عشر

### الوقائع القانونية

الواقعة القانونية: هي كل حدث يقع فيرتب عليه القانون أثرًا قانونيًا هو اكتساب شخص الحق لم يكن له من قبل وهذه الواقعة قد تكون من فعل الطبيعة وقد تكون من عمل الإنسان وتقتضي لكل منها بحثًا.

#### المبحث الأول: الوقائع الطبيعية

وهي الوقائع التي تقع بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل في حصولها وتكون سببًا في اكتساب الحقوق أو في انقضاءها.

فالولادة واقعة طبيعية يترتب على حدوثها قيام كافة الحقوق التي ترد عمل قيم لصيقة بالشخصية وذلك كحقه في سلامة جسده وحقه في حرية ثم حقوقه المترتبة على انتسابه إلى أسرة بما أن الولادة تكون مصدرًا لحق الدائنية وذلك كالحق في النفقة، والولادة واقعة طبيعية أيضًا يترتب عليها نشوء حقوق لورثة المتوفى فتنتقل الملكية بالمراث ويصبح الوارث صاحب حق ملكية. كذلك واقعة القرابة فكون الشخص قريبًا لآخر ينشئ حقًا في النفقة للقريب المحتاج في مواجهة فريضة القادر والاتصاق وهو واقعة طبيعية يترتب عليها كنسب حق الملكية فالأرض التي تتكون من طعمي يجلبه للنهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون مملوكة لملك الأراضي المجاورة<sup>(١)</sup>.

ومرور الزمان واقعة طبيعية يعتبر سببًا في اكتساب الملكية أو الحقوق العينية إذا اقترن بالحيازة وهي واقعة مادية اختيارية من فعل الإنسان (انظر المواد من ١١٤٥ - ١١٦٤ من القانون المدني).

وقد تكون الواقعة الطبيعية سببًا لانقضاء الحقوق فهلاك الشيء وهو واقعة مادية تؤدي إلى إنقضاء الحق العيني للوارد عليه ومضي المدة وهي واقعة طبيعية تؤدي إلى انتهاء حقوق الدائنية وهكذا.

(١) نصت المادة ١١٦٣ من القانون المدني العراقي على أنه: النهر إذا جاء بطعمي على أرض فهو ملكه.....

## المبحث الثاني

### القواعد الإنسانية

وهي الأعمال المادية التي تصدر من الإنسان ويرتب القانون على مجرد حصولها أثراً قانونياً هو نشوء الحق وبصرف النظر عما إذا كان الإنسان الذي قام بالعمل قد أراد نشوء هذا الحق أم لم يرد.

وتشمل الأعمال المادية نوعين من الأعمال هي الأعمال الضارة والأعمال النافعة:

١- الأعمال الضارة: الفعل الضار هو كل عمل مادي يقوم به الشخص ويرتب عليه قهر شخص آخر لينشأ نتيجة هذا الفعل حق للشخص المتضرر في مطالبة مرتكب الفعل الضار بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به وسواء أكان الفعل الضار الذي سبب الضرر قد وقع عداً أم نتيجة إهمال وتقصير.

والفعل الضار هو ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية وتقوم على أركان ثلاثة: خطأ وضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر فإذا توافرت هذه الأركان أمكن مساءلة المفاعل ومطالبته بالتعويض فمن يثلف مالا للغير عمداً أو نتيجة إهماله أو تقصيره يلتزم بالتعويض وفي هذه الحالة ينشأ للغير حق إذ يصير دائئاً بمبلغ للتعويض<sup>(١)</sup>.

٢- الأعمال النافعة: وهي كل مادي يترتب عليه إثراء شخص على حساب شخص آخر دون سبب قانوني وهنا يترتب القانون لمن افتقر حقاً في الرجوع على من أنثرى على حسابه وذلك بمطالبة بتعويضه عما لحقه من خسارة.

٣- وإلى جانب الأعمال النافعة والأعمال الضارة توجد وقائع أخرى يترتب عليها القانون أثراً هو اكتساب الحقوق كالاستيلاء وهو وضع اليد للمالك على مال منقول مباح لا مالك له (١٠٩٨) مدني وكذلك الأمر بالنسبة لاكتساب الحقوق عن طريق الحيازة.

(١) هذا ومن الجدير بالذكر أن قانون إصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ أوجع بها بأن:  
(إقامة المسؤولية التقديرية في حق الإنشاج والخدمات الإنتاجية وفي حالة الضرر الناشئ عن الأشياء الخطرة بطبيعتها -  
كالاتومات، الميكانيكية والقوى الكهربائية والمالية - على عنصر الضرر وحده واستبعاد عنصر الخطأ من المسؤولية أي  
على أساس تحمل الشبهة) في ٣٧ فالمسؤولية هنا تقام على أساس عنصر الضرر ولا أثر فيها لعنصر الخطأ.



## الفصل الرابع عشر

### التصرفات القانونية

التصرف القانوني: هو اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني معين قد يكون إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه.

والأثر القانوني الذي يترتب في هذه الحالة هو أثر إرادي أي أن الإرادة هي التي تمجّهت إليه وإرادته فهي عقد البيع مثلاً تنجّه إرادة البائع إلى التزامه بنقل ملكية الشيء المبّيع إلى المشتري وكسب الحق في الثمن ونتيجة إرادة المشتري نحو التزامه بالثمن وكسبه ملكية المبيع وهكذا.

والتصرفات القانونية تنقسم إلى قسمين بحسب ما إذا قامت على إرادة واحدة أم على توافق إرادتين أي تصرف صادر من جانب واحد وتصرف صادر من جانبين فالتصرف الصادر من جانب واحد يقوم على إرادة شخص واحد تفرد بإبرامه وتحديد آثاره إذ أن أساسه هو الإرادة المنفردة كالإقرار والوصية الوقف والوعد بجائزة.

أما التصرف القانوني الصادر من جانبين فلا تكفي فيه إرادة واحدة لإبرامه وإنما يشترط لذلك تقابل إرادتين وتطابقهما على إحداث الأثر القانوني ويطلق على هذا النوع من التصرفات القانونية العقد أو الاتفاق كعقد البيع والهبة والقرض والرهن وغيرها.

### المبحث الأول

#### التصرف القانوني الصادر من جانب واحد

التصرف القانوني الصادر من جانب واحد يقوم على إرادة شخص واحد تفرد بإبرامه وتحديد آثاره إذ أن أساسه هو الإرادة المنفردة فالإرادة المنفردة هي عمل قانوني صادر من جانب واحد وهي بهذا الاعتبار تستطيع أن تحدث بعض الآثار القانونية كالإيجاب الملزم وإجازة العقد الموقوف وهي قادرة على إنشاء حق عيني كالوصية فهي تكسب الموصي له الحق في الملكية وهي قد تؤدي إلى زوال حق عيني كالنقل عن الرهن كما أنها تستطيع أن تنهي رابطة ناشئة عن عقد كما في الوفّعة والوكالة وهي قد تؤدي إلى إسقاط حق شخصي عن طريق الإبراء (م/ ١٢ / ق.م.ع.) ولكن هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ الحق الشخصي والالتزام؟

للإجابة على هذا السؤال يجب أن نميز بين حالتين:

- ١- حالة إنشاء الحق من صدرت عنه الإرادة أو إنشاء الالتزام على عائق الغير والحالة هذه غير ممكنة إذ لا يستطيع الشخص بإرادته المنفردة أن ينشئ لنفسه حقاً يلتزم به وغيره.
- ٢- والحالة الثانية هي إنشاء الحق الشخصي لغير من صدرت عنه الإرادة أو الالتزام على عائق من صدرت عنه الإرادة: وهذه الحالة ممكنة بشروط.  
ويعبر آخر هل تصلح الإرادة المنفردة بأن تكون مصدراً من مصادر الالتزام وهنا نستطيع أن نقول بأن الانعفاء السائد في التشريعات الحديثة هو اعتبار العقد مصدراً أساسياً والإرادة المنفردة كمصدر ثانوي يقتصر على الحالات التي يكون فيها فائدة من جعل الالتزام ينشأ عن طريقها.  
وهذا هو اتجاه القانون المدني العراقي إذ عالج هذا القانون الإرادة المنفردة في مادتين هما المادة ١٨٤ و ١٨٥ فنص في الأولى على أن الإرادة لا تلزم صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك وعندئذ يسري عليها ما يسري على العقد من الأحكام إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين.  
ومن الحالات التي تلزم الإرادة المنفردة فيها صاحبها هي:  
١- الإيجاب الملزم وهو ما نص عليه المادة ٨٤ من القانون المدني العراقي التي تقول (إذا حدد المرء ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى أن يقضى هذا الميعاد)  
٢- المؤسسات الخاصة: وهي تنشأ بالإرادة المنفردة ويكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي أو بالوصي والسند الرسمي تصرف بإرادة منفردة حال الحياة والوصية تصرف بالإرادة المنفردة مضاف إلى ما بعد الموت. والإرادة المنفردة تنشئ المؤسسة وهي شخص معنوي وتنشئ الالتزامات نحو هذا الشخص (م / ٥٢ / ق. م. ع.).  
٣- تظهير العقار المرهون رهناً تأمينياً ويكون ذلك بإعلان من الحائز للعقار يلتزم فيه بإرادته المنفردة بإبقاء الديون المقلدة إلى القدر الذي يراه يساوي قيمة العقار والحائز يلتزم بمقتضى إرادته المنفردة بدفع المبلغ الذي عرضه وطيلة الفترة السابقة على اتخاذ الدائنين موقفاً من هذا العرض بالقبول أو الرفض (م / ١٣٠٨ / ق. م. ع.).  
٤- الوعد بجائزة: نص القانون المدني العراقي في مادته ١٨٥ على الوعد بجائزة (الوعد يجعل) كتطبيق نموذجي لالتزام مصدره الإرادة المنفردة إذ نصت هذه المادة على أنه (من

وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر إلى وعد).

مثال ذلك: أن يعلن شخص عن جائزة يعطيها لمن يقوم بعمل معين كبحث علمي أو رسم هندسي أو تنفيذ لوحة فنية أو لمن يعثر على شخص مفقود أو شيء ضائع فمن قام بالعمل استحق الجائزة ولو لم يعلم بالوعد عند قيامه بالعمل.

## المبحث الثاني

### العقد

يعرف العقد بأنه اتفاق إرادتين متطابقتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه وبشرط أن يقصد العاقدان إحداث أثر قانوني فإذا لم يكن الأمر كذلك فلا يمكن أن يقوم بينهما عقد بالمعنى الذي نريده.

هذا وقد عرف القانون المدني العراقي العقد في مادته (٧٣) بقوله بأنه «ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه».

وإذا كان العقد يقوم على الإرادة أي تراخي المتعاقدين وما دام الرضاء يتجه نحو إحداث أثر قانوني يكون موضوعه التزاماً أو التزامات لكل منها على يقوم عليه وغاية مشروعة دعت إلى قيامه فيمكن القول بأن للعقد أركاناً ثلاث هي الرضاء والمحل والسبب فإذا تخلف أحد هذه الأركان كان جزء العقد البطلان.

وهذا وتتطلب منا دراسة العقد بشكل موجز البحث في النقاط التالية وهي على التتابع أركان العقد والبطلان ثم آثار العقد وأخيراً انحلال العقد.

أولاً: أركان العقد

أركان العقد ثلاثة هي الرضاء والمحل والسبب.

١- الرضاء: يتطلب الرضاء وجود الإرادة فإذا انعدمت الإرادة انعدم الرضاء وبالتالي فلا يتوافر الرضاء إذا صدر عن صبي غير مميز أو مجنون إذ لا اعتبار لإرادتهم وتقع تصرفاتهم

باطلة بطلاناً مطلقاً إذ لا يعتد إلا بالرضا الصادر من شخص مدرك مميز.  
كذلك لا يعتبر الرضاء قائماً إلا في الحدود التي تنطابق فيها إرادة كل من الطرفين المتعاقدين مع إرادة الطرف الآخر وهذا ما يسمى بترافق الإيجاب مع القبول.  
وأخيراً فإنه يشترط لكي يقوم العقد صحيحاً أن يوجد الرضاء صحيحاً وهو لا يكون كذلك إلا إذا صدر عن ذي أهلية له وإن يكون غير مشوب بعيب من عيوب الرضاء وعيوب الرضاء هي الإكراه والغلط والتغيير مع الغبن والاستغلال.

#### أ- الإكراه:

الإكراه كما يعرفه الفقه الحديث هو ضغط غير مشروع على إرادة الشخص فيولّد في نفسه رغبة تدفعه إلى التعاقد.  
وقد عرفه القانون المدني العراقي في مادته ١١٢ فق ١ بأنه: (هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل دون رضاه).  
ومثاله أن يضرب شخص آخر أو أن يهدده بالضرب أو القتل أو الحبس أو بالاعتداء على العرض أو بأي أذى آخر حتى يدفعه على أن يعطيه مبلغاً من المال أو أن يبيع له ماله أو أن يجري غير ذلك من التصرفات.

#### ب- الغلط:

وهو وهم يتولد في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع ويكون هو الدافع على التعاقد فهو والحالة هذه تصور كاذب للواقع يؤدّي بالشخص إلى إقدام تصرف قانوني ما كان ليبرمه لو تبين له حقيقة الأمر كمن يشتري تمثالاً معتقداً أنه قطعة أثرية ثم يتبين أنه مجرد تقليد أو كمن يشتري حلية معتقداً أنها من الذهب الخالص ثم يتبين أنها من النحاس أو من النحاس المظلي بالذهب.

#### ج - الغبن مع التغيير:

التغيير هو إيهام الشخص بما يرغبه في الإقدام على التعاقد ويكون ذلك بالفعل أي بالقيام بإجراءات فعلية من التعاقد في المعقود عليه يظهره به أحسن مما هو على حقيقته فيدفع المتعاقد الآخر إلى التعاقد تحت تأثير هذا المظهر غير الصحيح كصنع الثوب القديم ليظهر جديداً.



أو بالقول أي يذكر بيانات للطرف الآخر ترغبه في التعاقد كأن يذكر له بأن البضاعة قد انقطع استيرادها فيدفعه إلى شرائها أو بأن فلاناً قد دفع فيها سعراً معيناً لم يقبله هو فيدفعه لشرائها ببلغ أكبر والواقع لم يدفع بها ما ذكره البائع. والتفريق وحده لا يعتبر هيباً من عيوب الرضاء فلا بد من أن يصاحبه الغبن. والغبن هو عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه فإذا دفع المشتري مثلاً للبائع ثعناً أقل من القيمة الواقعية للشيء المبيع احتل فكان البائع مغبوناً والمشتري غائباً والعكس بالعكس.

### د- الاستغلال:

هو أن يستغل شخص في آخر طيشه البين أو الهوى الجامح الذي يتجلى عليه نفسه أو حاجته أو عدم خبرته فيجعله يرم تصرفاً يؤدي إلى غبنه مثاله أن تستغل شابة دلالاً على زوجها الشيخ هواء الجامح تحوها وتعمله بذلك على أن يهبها ماله. (انظر المادة ١٢٥ ق. م. ع).  
٢- المحل: الركن الثاني من أركان العقد هو المحل الذي لابد لكل تصرف من محل يقوم عليه وبغيره فإنه لا يقوم ومحل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن أو هو المعقود عليه في العقد والمحل إما أن يكون نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

فالعقد البيع لا يقوم مثلاً إلا إذا وجد محله وهو الشيء المبيع والثمن الذي يدفعه المشتري وعقد الإيجار لا يتعقد إلا إذا وجد الشيء المؤجر واتفق فيه على قيام المستأجر بدفع أجرة في مقابل الانتفاع بالعين المأجورة.  
ويشترط في المحل أن يكون موجوداً أو ممكناً غير مستحيل كما يشترط فيه أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وغير مخالف للنظام العام والآداب (مشروعاً).

### ٣- السبب:

وهو الركن الثالث من أركان العقد والسبب في الالتزام العقدي وثيق الصلة بالإرادة إذ لا يتصور تحريك الإرادة دون سبب. فقد يقصد بسبب الالتزام بأنه الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من التزام البائع بتسليم المبيع هو الحصول على الثمن وسبب التزام المشتري بدفع الثمن حصوله على

المبيع وقد يقصد بالسبب بأنه الباعث الدافع إلى التعاقد والباعث الدافع إلى التعاقد هو الغرض البعيد وغير المباشر الذي جعل الملتزم يتعاقد (النظرية الحديثة).

ففي عقد البيع مثلاً يكون الدافع أو الباعث الذي دفع المشتري إلى الشراء قد يكون الحصول على الشيء المبيع للسكن أو محل لممارسة التجارة أو نادياً للفرار: هذا ويشترط وجود السبب وقت إبرام العقد فإذا لم يوجد السبب ابتداء كان العقد باطلاً ولا يكفي لقيام العقد وجود السبب فحسب بل يجب فوق ذلك أن يكون السبب مشروعاً بمعنى أن لا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب فإذا كان كذلك كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً مثاله أن يجب شخص مبلغاً من المال لامرأة يقصد إقامة علاقة غير مشروعة معها أو حملها إلى الاستمرار في تلك العلاقة (انظر نص المادة ١٣٢ من ق.م.ع).

#### ٤- جزاء تخلف أحد أركان العقد أو عدم توافر شروط أي ركن فيه (البطلان).

البطلان الجزاء الذي يترتب القانون على تخلف أحد أركان العقد أو عدم توافر الشروط التي استلزمها في كل ركن فيه.

فإذا تخلف أحد أركان العقد بأن انعدم الرضاء أو المحل أو السبب أو الشكلية في العقود التي يفرض القانون وقوعها بشكل معين كالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري لصحة العقود الناقلة لملكية عقارها أو عدم استيفاء الشروط التي أوجب القوانين توافرها في هذا الركن أو ذلك كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يترتب عليه أي أثر قانوني أما إذا توافرت أركان العقد واستوفى كل من السبب والمحل لشروطها واختلت شروطا ركنين الرضاء بأن صدر التصرف من ناقص الأهلية أو كان رضاء التصرف مشوباً بعيب من عيوب الرضاء كالإكراه أو الغلط أو التغرير مع الغبن أو الاستغلال كان باطلاً بطلاناً نسبياً أي قابلاً للإبطال (مؤخراً في القانون المدني العراقي أنظر في المواد ١٣٣، ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦، من القانون المذكور)<sup>(١)</sup> فينتج آثاره القانونية إلى أن يفتي بإبطاله بناء على طلب ذوي المصلحة في ذلك.

(١) العقد الموقوف: هو ما اغتراه عيب من عيوب الإرادة أما الإكراه والتغريب والتغريب مع الغبن أو كان العقد معجوراً عليه فأنه الأهلية، ووقف العقد معناه عدم إنعاده حكمه في الحال فهو صحيح ولكنه غير نافذ وحكمه أن لتعاقد بعد زوال سبب الوقف أن ينقض العقد فيصبح باطلاً من الابتداء أو أن يمجيره فيصبح نافذاً بأثر رجعي.

## ثانياً: آثار العقد

إذا نشأ العقد صحيحاً توفرت له قوة ملزمة وأمكن إجبار المتعاقدين على تنفيذ ما ورد فيه وحتى يكون هذا التنفيذ ممكناً يجب تحديد أطراف العقد أولاً وموضوعه ثانياً والأصل أن أثر التصرف قاصر على من يقوم بإنشائه وهو ما يسمى بنسبة أثر العقد من حيث الأشخاص وكذلك فإن الأصل أيضاً أن المتعاقد لا يلزم بما لم يتضمنه العقد وهو ما يسمى بنسبية أثر العقد من حيث الموضوع.

١- أثر العقد من حيث الأشخاص: إذا كان الأصل أن أثر العقد لا ينصرف إلا إلى المتعاقدين بحيث لا يمكن أن يلتزم شخص بمقتضى عقد لم يكن طرفاً فيه فإنه يجوز استثناء أن ينصرف أثر العقد إلى غير المتعاقدين فيجوز أن يكسب شخص حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه (الاشتراط لمصلحة الغير). هذا ويجب أن نلاحظ أن لفظ المتعاقدين يشمل بالإضافة إلى المتعاقدين أنفسهم خلفها العام وخلفها الخاص.

### الخلف العام:

هو من يخلف سلفه في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها كالثالث والرابع والنصف كالوارث والموصي له بجزء شائع من التركة كالثالث والخلف يخلف سلفه بمقتضى أحكام الميراث والوصية فمن الطبيعي أن يتأثر بالعقود التي أبرمها سلفه. هذا وقد نصت الفقرة من المادة ١٤٢ من القانون المدني العراقي على أنه ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام.....

### الخلف الخاص:

هو من يخلف الشخص في مال معين من أمواله كالمشتري والموصي له بعين معينة (كمنطقة دار معينة مثلاً) وهذا لا يتأثر بالتصرفات التي يجريها السلف إلا إذا كانت تلك التصرفات تتعلق بالشيء الذي يخلفه فيه كما يجب أن يكون التصرف صادراً من سلفه قبل انتقال الشيء إليه فإذا ما رهن شخص داره لدى المصرف العقاري ثم باعها فإنها تنتقل إلى المشتري وهي مرهونة.

## ٢- أثر العقد من حيث الموضوع:

ومعنى ذلك أن التعاقد لا يلزم إلا بما تضمنته العقد ولا يلزم بغير ذلك بمعنى أن قوته تنحصر بها ورد فيه فإن له في حدود موضوعه قوة لقيام مساواة لقوة القانون فيجب على المتعاقد أن يتقيد بما رتبته العقد في دفعه من التزامات وإلا كان مسؤولاً من عدم تنفيذها وهذا ما يعبر عنه في الفقه بأن العقد شريعة المتعاقدين ولقد بيّنت المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى مدى التزام المتعاقدين بتنفيذ العقد فقالت: إذا نفذ العقد كان لازماً. ولا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي. فكما لا يجوز الرجوع عنه أو تعديله إلا باتفاق للطرفين أو طبقاً لنص القانون فإنه لا يجوز للقاضي أن يفسخ العقد أو يبدله تأسيساً على اعتبارات العدالة إلا إذا أجاز للقانون ذلك وهذا ما نصت عليه الفقرة ٢ من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي التي تقول: (على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرفقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المقبول إن اقتضت العدالة ذلك..). وعلى هذا يترتب على الحادث الطارئ أن يكون للقاضي سلطة تعديل العقد.

المسؤولية التعاقدية: المسؤولية التعاقدية هي جزء إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام المترتبة عليه والناشئة عن العقد فالعقد إذا نشأ صحيحاً يكون واجب التنفيذ ويجبر المدين على ذلك بعد إعداره وبخلافه فيحكم عليه بالتعويض جزاء عدم التنفيذ إلا إذا تبين أن استحالة التنفيذ راجعة لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه وهذا ما نصت عليه المادة ١٦٨ من القانون المدني العراقي حيث قالت: (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن يتقيد بالالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر في تنفيذ التزامه.....).

عليه فالمسؤولية التعاقدية لا تنشأ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد عيناً وشرط أن تكون الاستحالة راجعة لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ولما كان مناط الحكم بالتعويض أن يترتب على عدم التنفيذ ضرر للناظر لذا فلا بد من تفرغ شرط المسؤولية العقدية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.



والخطأ العقدي يكون بعدم تنفيذ المدين لالتزاماته الناشئة عن العقد وتحقق الخطأ بهذا المعنى أي كان السبب في عدم تنفيذ الالتزام وسواء رجع ذلك إلى غش المدين وسوء نيته أو إلى إهماله أو إلى فعله المجرد من الإهمال وعلى هذا فإن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه هو بذاته الخطأ العقدي أما الضرر فهو ما يلحق الدائن من أذى نتيجة عدم التنفيذ والضرر الذي يلحق العاقد قد يكون ماديًا يلحقه في ماله وقد يكون أدبيًا يلحقه في شرفه واعتباره أو في عاطفته وشعوره.

أما الركن الثالث فهو علاقة السببية بين متقول والضرر إذ لا يكفي وجود خطأ في جانب المدين وضرر يلحق الدائن بل يشترط فوق ذلك أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر فإذا انقطعت علاقة السببية انقطعت المسؤولية كأن يثبت المدين بأن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا يند له فيه.

### ثالثاً: انحلال العقد

يقصد بانحلال العقد زواله بعد إبرامه ويتم ذلك عن طريق الإلغاء والفسخ والانقضاء والإقالة.

١ - الإلغاء: وهو إنهاء العقد بإرادة أحد الطرفين وزوال أثر العقد في هذه الحالة يقال له إلغاء بإرادة منفردة وأهم العقود التي أجاز القانون إلغائها بإرادة منفردة هي الوكالة والوديعة والعارية.

٢ - الفسخ: هو زوال العقد الملزم للجانبين بأثر رجعي بناء على طلب أحد طرفي العقد وذلك بخلاف الطرف الآخر عن تنفيذ التزامه وبشرط كقاعدة عامة لكن يقع الفسخ بعد أن يصدر حكم به من القضاء وأن كان يجوز أن يتفق المتعاقدان على العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند تخلف أحد العاقدين في الوفاء بالالتزام فيقع الفسخ في هذه الحالة بمقتضى الاتفاق.

٣ - الانقضاء: إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه بسبب أجنبي لا يند له فيه انقضى الالتزام وانفسخ العقد بحكم القانون ويترتب على انقضاء الالتزام على هذا الوجه أن ينقضي الالتزام الذي يقابله.

٤ - الإقالة: إذا اتفق المتعاقدان على إلغاء العقد وإرجاع الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد ورد ما سلم إلى صاحبه فإن هذا الاتفاق صحيح ويقال له (الإقالة) فالإقالة عقد كسائر العقود وهي في الوقت نفسه فسخ اتفاقي بين المتعاقدين. هذا ما نصت عليه المادة ١٨٣ من القانون المدني العراقي التي تقول: (الإقالة في حق العاقدین فسخ وفي حق الغير عقد جديد).

## الباب السابع

### أقسام الحق

الفصل الخامس عشر: أقسام الحق من حيث مدى حماية القانون له.

الفصل السادس عشر: أنواع الحقوق من حيث مناطقها.

الفصل السابع عشر: أنواع الحقوق المدنية.

الفصل الثامن عشر: الشخصية.

يتضمن هذا الباب البحث في عدة مواضيع خصص لكل منها فصل الفصل الخامس عشر وموضوعه (أقسام القانون من حيث مدى حماية القانون له) والفصل السادس عشر وموضوعه (أنواع الحقوق من حيث مناطقها) والفصل السابع عشر وموضوعه (أنواع الحقوق المدنية) والفصل الثامن عشر وموضوعه (الشخصية).





## الفصل الخامس عشر

### أقسام الحق من حيث مدى حماية القانون له

ليست الحقوق كلها من صنف واحد وإنما هي تنقسم إلى عدة أنواع ذلك حسب الزاوية التي تنظر منها إلى الحقوق ومن هذه التقسيمات تقسيم الحقوق إلى حقوق تامة وأخرى ناقصة بحسب الحماية التي يعطيها القانون لها.

### المبحث الأول

- ١ - الحقوق التامة: وهي تلك الحقوق التي لا يقتصر دور القانون على تقريرها بل يحيطها بحماية بما يمكن صاحبها من الإفادة منها ولو عن طريق الجبر والفهر فإذا كان للدائن الحق في أن يجبر المدين على الوفاء بمحل الالتزام فله أن ينفذ الالتزام جبراً إذا لم يقم المدين بتنفيذ اختياره ولذا كان الالتزام الذي يخترى على هذه السلطة التزاماً إذ أنه يتطوي على عنصرين هما:  
١ - عنصر المديونية: وهو الواجب القانوني الذي على المدين والسدي مقتضاه أن يقوم المدين بأداء معين وهذا الواجب يتقضي بالوفاء الاختياري.
- ٢ - عنصر المسؤولية: ومزاده أن يكون للدائن أن يجبر المدين على الوفاء إذا لم يقم به من تلقاء نفسه وهذه المسؤولية تقع على عاتق المدين في ماله لا في جسده ولا يكون الالتزام كاملاً إلا اجتماع فيه هذان العنصران ويقال له في هذه الحالة التزام مدني.

## المبحث الثاني

٢- الحقوق الناقصة: وقد يوجد عنصر المديونية دون عنصر المسؤولية وفي هذه الحالة يكون الالتزام ناقصًا ويقال له التزام طبيعي.

فالالتزام الطبيعي هو الالتزام الذي لا جبر على المدين في تنفيذه ومن أمثله أن يكون هنالك دين قد مر عليه الزمن المانع من سماع الدعوى أو دين رفضت الدعوى به بسبب يمين حاسمة أداها المدين على البراءة.

وقد نصت المادة (١٩٩) من القانون المدني المصري على أنه.

١- ينفذ الالتزام جبرًا على المدين.

٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعيًا فلا جبر في تنفيذه ويتميز الالتزام الطبيعي بأمرين.

الأول: أن الدائن لا يستطيع أن يجبر المدين على الوفاء به.

الثاني: أن المدين إذا أوفى به عالمًا أنه يوفى بالالتزام الطبيعي لا يجبر فيه كان وفاؤه صحيحًا وامتنع عليه أن يسترد ما أوفى إذ أن الالتزام الطبيعي وإن خلا الإكراه إلا أنه ذلك قائم ووجود في الدمة فإذا قام به المدين باختياره فلأنه يقوم بذلك مستجيبًا فيه لرحي ضميره إذ أنه غير مجبر عليه ولكن مع ذلك فإن تنفيذه يعتبر وفاء وليس تبرعًا وبالنسبة لما نتنا نقول بأن الحق الناقص هو حق موجود يعترف به القانون ولكنه لا يجبره ويقابل الحق الناقص في جانب الالتزام الطبيعي.

وهذه الحقوق الناقصة لا تعتبر مجرد حقوق أخلاقية؛ لأن الحق الخلقي هو حق لا يشغل ذمة المدين به وبعبارة أخرى هو حق لا يعترف القانون بوجوبه كمحق الفقير في مال الغني أي حق الصدقة. أما الحق القانوني الناقص فهو حق يعترف القانون بوجوبه في ذمة المدين وغاية ما في الأمر أن القانون لا يساعد صاحب الحق في الحصول على حقه جبرًا عن المدين.

فالحق القانوني الناقص هو منزلة وسطي بين الحق القانوني الكامل (الثام) وبين الحق الأخلاقي<sup>(١)</sup>.

(١) د. محمد سامي مذكور (نظرية الحق)، القاهرة، ١٩٥٤، ص ٣٣-٣٤.

## الفصل السادس عشر

### أنواع الحقوق من حيث مصادرها

يقسم الكتاب الحقوق إلى أنواع كثيرة ولكن أهم هذه التسميات هو تقسيم الحقوق إلى قسمين رئيسيين هما الحقوق السياسية والحقوق غير السياسية.

### المبحث الأول: الحقوق السياسية

تسمى الحقوق السياسية أيضًا بالحقوق الدستورية لأنها تقرر عادة بالدستور وتعرف بأنها تلك الحقوق التي تقرر للشخص باعتباره عضوًا في جماعة سياسية معينة وذلك لتمكينه من الإسهام في توجيه شؤون الدولة كحق الانتخاب وحق تولي الوظائف العامة وحق الترشيح للمجالس التي تتكون بالانتخاب.

#### خصائص الحقوق السياسية:

- ١ - أنها مقصورة على الوطنيين فهي لا تثبت للأجانب؛ لأن المساهمة في توجيه شؤون الدولة هو من الأمور الخطيرة فلا تترك لغير لمتنعين بجنسيتها.
- ٢ - أنها ليست حقوقًا خالصة بل هي حقوق تخالفها الواجبات كحق الانتخاب فالمواطن له حق الإدلاء بصوته في الانتخابات ولكن ذلك الإدلاء يعتبر واجبًا عليه.

### المبحث الثاني

#### الحقوق غير السياسية

وهي تلك الحقوق التي لا علاقة لها بتسيير شؤون الدولة بل هي تقرر للأفراد بغية تمكينهم من ممارسة نشاطهم الاعتيادي في الجماعة وهي تنقسم إلى قسمين رئيسيين هما الحقوق العامة والحقوق المدنية وتقتصر بحثنا هنا على الحقوق العامة.

#### الحقوق العامة:

وهي تلك الحقوق التي تثبت للإنسان بمجرد وجوده أي لكونه إنسانًا ومثلها حق الإنسان في أن يكون له اسم وحقه في سلامة جسده وحقه في التنقل من مكان إلى آخر والحق

في السمعة الشرف. وهي تثبت لكل إنسان و طئيًا كان أم أجنبيًا دون النظر إلى أي اعتبار  
ولمذا تسمى بحقوق الإنسان.

وهذه الحقوق منها ما يرد على المقومات المادية للإنسان كالحق في سلامة الجسد ومنها ما  
يرد على المقومات المعنوية كالحق في الشرف ومنها ما يرد على نشاط الإنسان كالحق في الزواج  
والثقل.

#### خصائص الحقوق العامة:

##### ١- الحقوق العامة لا يجوز التصرف فيها:

فالحقوق العامة لا يجوز التصرف فيها فلا يجوز لأي شخص أن يثقل الحقوق العامة التي  
له إلى غيره سواء أكان ذلك بمقابل أم مجانًا فليس لأحد النزول عن حريته الشخصية مثلاً:  
والحقوق العامة لصيقة بشخصية صاحبها وبالتالي فهي لا تنتقل لورثته بعد وفاته بل  
تنقضي بمجرد الوفاة.

##### ٢- الحقوق العامة لا تسقط ولا تكتسب بالتقادم (مضي المدة):

أي أنها لا تسقط بعدم استعمالها فترة مهما طالت بل تبقى لصاحبها كذلك فهي لا تكتسب  
بمضي المدة.

##### ٣- الاعتداء على الحقوق العامة ينفشُ لصاحبها الحق في التعويض:

فالاعتداء على جسم الإنسان والإخلال بسمعته وانتحال اسمه ينشع له حقًا بالمطالبة  
بتعويض الأضرار التي تنجم من هذا الاعتداء.



## الفصل السابع عشر

### أنواع الحقوق المدنية

وهذه الحقوق لا تنفرد لأي إنسان بل لأولئك الذين تتوفر فيهم شروط اكتسابها وهي على ثلاثة أنواع هي:  
حقوق الأسرة والحقوق المالية والحقوق الذهنية.

#### المبحث الأول

##### حقوق الأسرة

وتسمى أيضًا بالحقوق العائلية وهي تقرر للشخص باعتباره عضوًا في أسرة معينة وهي سلطة مقررّة لشخص في مواجهة شخص آخر تربطه به رابطة قرابة أو زواج كولاية الأب على نفس ومال الصغير وحضانة الأم لأطفالها.  
والملاحظة أن هذه الحقوق لا تمنح للشخص لتحقيق مصالحه الخاصة ولكنها تمنح لتحقيق مصلحة الأسرة بكاملها.  
كما يلاحظ بأنها حقوق غير مالية لذلك فهي تخرج عن دائرة التعامل من حيث الأساس وبالتالي فلا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها.  
على أن من حقوق الأسرة ما يمكن تقويمه بالمال كالحق في النفقة والحق في الإرث.

#### المبحث الثاني

##### الحقوق المالية

وهي تلك الحقوق التي يمكن تقويم محلها بالمال والحقوق المالية وهي إما عينية أو شخصية وإلى جانب هذين الحقين يوجد حق آخر هو الحق الذهني أو المعنوي وفيه يوجد إلى الجانب المعنوي جانب آخر هو الجانب المادي أو المالي.

### المطلب الأول: الحقوق العينية

عرف القانون المدني العراقي الحق العيني في مادته ٦٧ بأنه:

الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين وحمل الحق العيني هو شيء من الأشياء فلصاحب الحق مباشرة حقه دون وساطة أحد فمالك الدار يستطيع أن يستعملها لنفسه وإن يجرها لغيره أو أن يتصرف فيها بكافة التصرفات دون تدخل من شخص آخر.

والحقوق العينية قسمان: الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية.

### أولاً: الحقوق العينية الأصلية:

وهي تلك الحقوق التي تحول صاحبها الحق في استعمال الشيء واستغلاله بصورة كاملة أو ناقصة وقد سميت هذه الحقوق بالحقوق العينية الأصلية لأنها تقرر مستقلة بذاتها غير مستندة في وجودها على غيرها وتشمل حق الملكية وحق التصرف وحق العقير وحق المنفعة والاستعمال والسكنى والمباحطة وحقوق الارتفاق وحق الإجازة الطويلة (م / ٦٨ / مدني) وفيما يلي موجز لأهم هذه الحقوق:

#### ١- حق الملكية:

يعتبر هذا الحق أوسع الحقوق العينية الأصلية من حيث السلطات التي يمنحها للمالك إذ أنه يحوله سلطة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه ولقد عرفت المادة ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي الملكية على النحو الآتي:

(المالك التام في شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً فينتفع بالعين لمملوكه ويغلبها ويأجرها ويناجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة) ويتبين من هذا التعريف أن عناصر حق الملكية ثلاثة وهي:

#### ١- الاستعمال:

وهو عبارة عن استخدام المالك للشيء فيما يصلح له وذلك للحصول على منفعته فإذا كان أرضاً زراعية قام بزراعتها وإذا كانت داراً سكنها وإذا كانت كتاباً قرأه وقد يحتلط الاستعمال مع التصرف في الأشياء التي تستهلك بمجرد الاستعمال كالطعام والفرد.

### ب- الاستغلال:

وهو عبارة عن القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ما يولد من الشيء أو ينتج عنه من ثمار ومنتجات والثمار هي ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية ولا يترتب على أخذها انتقاص الأصل كمحصول الأرض وفوائد التقود أو أجر الدار.

أما المنتجات فهي ما ينتجه الشيء في مواعيد غير دورية ويترتب على أخذها انتقاص الأصل كاحتجار المحاجر وملح الملاحات ومعادن المناجم.

### ج- التصرف:

والتصرف نوعان: مادي وقانوني فلذلك الشيء أن يتصرف بالشيء المملوك له تصرفات مادية فإذا كان منزلاً فله أن يهدمه كله أو بعضه وإذا كانت وقوداً استهلكه... إلخ وللمالك أن يتصرف بالشيء المملوك له تصرفات قانونية لا تؤثر في كيانه المادي كتقيل ملكية الشيء أو ترتيب حق عيني آخر عليه.

ويتميز حق الملكية عن بقية الحقوق الأخرى بأنه حق دائم وسداوم محله وبأنه لا يسقط بعدم الاستعمال.

والجدير بالذكر أن النظرة القانونية للملكية قد تطورت فلم تبقى الملكية حقاً مطلقاً مقدساً بل أصبحت الملكية وظيفة اجتماعية ينظر القانون أداء هذه الوظيفة وفقاً لمتطلبات المصلحة العامة للمجتمع وهذا هو اتجاه المشرع العراقي.

### ٢- حق التصرف:

وهو حق عيني عقاري يتعلق بالأراضي الزراعية من حيث الانتفاع بها واستغلالها للأغراض الزراعية وحق التصرف كأن يتأثر للأفراد عن طريق تفويض الأرض لهم أو منحها لهم بالزراعة وأنه قابل للإرث بعد وفاة المتصرف فينتقل إلى أصحاب حق الانتفاع حسب أحكام القانون المدني كما أنه قابل للتصرف به.

### ٣- حق الانتفاع:

وهو حق عيني مقرر بشخص على عين مملوكة لأخر يجوز له سلطة استعمال هذا الشيء واستغلاله لمدة معينة وينتهي حتماً بوفاء المنتفع أو انقضاء الأجل المحدد له، وقد نظم القانون المدني العراقي أحكام حق الانتفاع وبين خصائصه في المواد (١٢٤٩ - ١٢٦٠).

#### خصائص حق الانتفاع:

- ١- أنه حق عيني يأخذ صفة الشيء الذي يستقر عليه فهو حق انتفاع عقاري أو حق انتفاع منقول.
- ٢- أنه حق مستقل عن ملك الرقبة.
- ٣- أنه حق مؤقت بطبيعته.
- ٤- يجوز النزول عن حق المنفعة للغير أو بيعه أو إيجاره إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك.
- ٥- يقع على العقار أو المنقول.
- ٦- المالك المنفع به أمانة بيد المنفع.

#### حق الاستعمال والسكنى: (وهو صورة من صور حق الانتفاع)

ويعرف أنه هو سلطة مباشرة للشخص على شيء معين تحوله استخدام هذا الشيء لمدة معينة وهذا ما أشارت إليه المادة ١٢٦١ مدني بقولها (يصح أن يكون تلك المنفعة قاصرة على الاستعمال أو السكنى وتحدد حق الاستعمال والسكنى بمقتضى ما يحتاجه صاحب الحق وأسرته في خاصته انفسهم فطاقة إذن محدود بالحاجات الشخصية لصاحب الحق فلا يجوز له التنازل عنها للغير إلا إذا اشترط ذلك صراحة وفيما عدا الأحكام المتقدمة تسري الأحكام المتعلقة بهحق المنفعة على حق الاستعمال وحق السكنى مادامت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين (١٢٦٥ مدني).

#### ٤- حق المساطحة:

وهو حق عيني عقاري يحول صاحبه في أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الفرامس على أرض الغير بموجب اتفاق بينه وبين صاحب الأرض، والعقد هو المصدر الوحيد لحق المساطحة وهو الذي يحدد حقوق المساطح والتزاماته ويلزم القانون بتسجيل حق المساطحة في دائرة التسجيل العقاري (م / ٢٢٩ ز، ٢٣ ق. م. ع، رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١) وحق المساطحة كما يرد على الأرض المملوكة يصح أن يرد على الأرض الموقوفة وفقاً لصحتها ومدة حق المساطحة يجب أن لا يزيد عن خمسين سنة فإن كانت المدة لم تحدد فلكل من المساطح وصاحب الأرض أن ينهي العقد بعد ثلاث سنوات من وقت التنبيه على الآخر بذلك كما أن حق المساطحة لا يزول بزوال البناء قبل انتهاء المدة (م / ١٢٦٧ مدني) ويتبين من أحكام المساطحة الواردة في المادة (١٢٦٩ مدني) بأن للمسطح حقين الأول حتى المساطحة نفسه وهو حق عيني على الأرض يحول بموجبيه البناء على أرض الغير والثاني حقه في الأبنية والمنشآت التي أضافها وهو حق الملكي التامة وللمساطح أن يتصرف فيها أحدثه من أبنية



ومشآت مقترناً بحق المساطحة ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك وعلى أن لا يخل ذلك بحقوق صاحب الأرض هذا ويتفعل حق المساطح في المساطحة وفي البناء والمنشآت بالميراث والوصية ثم هو ينقضي بانقضاء المدة المحددة له أو بانقضاء الدفعة وقد تنقضي المساطحة قبل انتهاء مدتها بالاتفاق أو بالاستناد إلى حكم قضائي حائز درجة الثبات (م/ ٣٣٤ ق. ٣٤ ع).

#### ٥- حقوق الارتفاق:

تعرف المادة ١٢٧١ من القانون المدني العراقي حق الارتفاق بقولها:  
(الارتفاق حق يحدد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه مالك آخر)  
فحق الارتفاق تكليف مفروض على عقار معين لمنفعة عقار آخر يملكه مالك آخر ويطلق على العقار المحمل بحق الارتفاق اسم العقار الخادم أو المرتفق به وعلى العقار الذي تقرر له الحق اسم العقار لخدمه أو المرتفق مضمون حق الارتفاق تفويض الملتصع بالعقار لخدمه وسلطة استعمال العقار الخادم على نحو معين أو سلطة منع مالك العقار الخادم من بعض أوجه الاستعمال التي كان يحق له ممارستها لو لا وجود الارتفاق ومثاله حق المرور المقرر لعقار لا يتصل بطريق عام عبر عقار آخر يتصل به، ومثاله أيضاً حق المجزئ وحق المسيل، ومضافاً حقوق الارتفاق خمسة: هي العقد والميراث والوصية والتفادم وتخصيص المالك (م/ ١٢٧٢ مدني).  
وينقضي حق الارتفاق بانقضاء الأجل المحدد وبهلاك أحد العقارين أو انقضاء الدفعة أو عدم الاستعمال خمسة عشرة سنة أو بالتنازل عنه هذا، ومن الجدير بالملاحظة بأن حق الارتفاق لا يرد إلا على عقار فهو لا يرد على منقول.

#### ثانياً الحقوق العينية التبعية:

وهي حقوق مقررة على أشياء معينة بضمان الوفاء بالتزام ما وهي لا توجد مستقلة كالحقوق العينية الأصلية وإنما تستند في وجودها إلى حق أصلي هو الدين ويمكن تعريف الحق العيني تبعي بأنه مصلحة تنشأ عن سلطة مقررة لشخص على شيء مملوك لغيره تخوله استيفاء دينه من ثمن ذلك الشيء بالتقدم على سائر الدائنين وفي أي يد يكون ذلك الشيء ويخلص مما يقدم أن الفائدة التي تتحقق من تقرير حق عيني تبعي تتركز في أنه يخول الدائنين ميزتين.  
الأولى: ميزة التبع ويكون بمقتضاء للدائن سلطة تبعية الشيء (المرهون) محل الحق في مواجهة أي شخص ولو كان ذلك الشخص غير المدين ذلك أن الدائن يستطيع تبعية الشيء المرهون في أي يد يتقل إليها فلو أن المدين باع الشيء المرهون إلى شخص آخر فإن للدائن

الحق بأن يتبع هذا الشيء وإن يحجز عليه وهو في حيازة المشتري ليبعده بالمزاد العلني وليستوفي حقه من ثمنه رغم كونه لم يعد مملوكاً للمدين الأصلي.

الثانية: ميزة التقدم ومقتضاها أن أموال المدين إذا لم تكن تكفي للوفاء بجميع ديونه أن الدائن صاحب الحق الشعبي يتقدم على جميع الدائنين العديدين باستيفاء حقه وذلك لأن الدائن ذا الحق الشعبي لا يشترك في التوزيع مع سائر الدائنين بل يستوفي حقه بالتقدم والأولوية ثم يقسم الباقي على سائر الدائنين الآخرين كل بحسب نسبة حقوقهم ومن هذا يتبين أن ميزة التقدم تؤمن الدائن ضد خطر إعسار المدين أو إفلاسه أي عدم كفاية أمواله للوفاء بجميع ديونه.

ثانياً الحقوق العينية التبعية: والحق العيني هو حق عيني لا ينشأ مستقلاً بذاته بل يستند في وجوده إلى حق آخر هو الحق الشخصي (الدين) ويقرر الحق العيني الشعبي ضماناً للوفاء به. تشمل الحقوق العينية التبعية الرهن التأميني والرهن الحيازي وحقوق الامتياز (مادة ٦٨ / ٢ مدني).

#### أ- الرهن التأميني:

عرفت المادة ١٢٨٥ من القانون المدني العراقي الرهن التأميني (بأنه عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار في أي يد يكون). يتبين من هذا النص أن الرهن التأميني لا يرد إلا على العقار وأنه لا يترتب عليه انتقال العقار المرهون إلى حيازة الدائن المرتهن بل يبقى في حيازة المدين الراهن ولضيان عدم تصرف المدين به توضع على العين المرهونة إشارة الرهن في دائرة التسجيل العقاري (مادة ١٢٨٦ مدني عراقي).

#### ب- الرهن الحيازي:

وقد عرفت المادة ١٣٢١ الرهن الحيازي بأنه عقد به يجعل الراهن مאלاً محبوساً في يد المرتهن أو في يد عدل يدين يمكن للمرتهن استيفاءه منه كلاً أو بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة في أي يد كل هذا المأل ومقتضاه يكون للدائن أن يحجز الشيء المرهون وإن يستوفي حقه من ثمنه بالأولوية على الدائنين العاديين ويرد حق الرهن الحيازي على العقارات والمنقولات على حد سواء.

### ج - حقوق الامتياز:

وهو حق عيني تبني يتقرر بنص القانون لبعض الدائنين مراعاة لصفة ديونهم (م/ ١٣٦١ مدني). وحقوق الامتياز على خلاف الرهن لا تنشأ عن عقد بل تنشأ بنص القانون الذي يقرر أن ديناً من الديون يعتبر ممتازاً على سائر الديون نظراً لصفة الحق كأجرة العامل بدمه صاحب العمل (قانون العمل رقم ١٥٦ لسنة ١٩٧١) وحقوق الدولة في استيفاء الديون المستحقة لها بموجب قانون جباية الديون المستحقة للحكومة رقم ٤٣ لسنة ١٩٣١ وحق الزوجة في النفقة وحق المؤجر في استيفاء الأجرة.

### المطلب الثاني - الحقوق الشخصية:

يعرف الحق الشخصي بأنه رابطة بين شخصين دائن ومدين بمقتضاها يحق للدائن مطالبة المدين بأداء معين: إعطاء شيء، القيام بعمل أو الامتناع عن عمل؛ فالعلاقة التي تنشأ عن الحق الشخصي لها طرفان طرف إيجابي وهو الدائن وطرف سلبي هو المدين وهو من يتقرر الحق في مواجهته فإذا نظرنا إلى هذه العلاقة من جانبها الإيجابي سميناها حقاً وإذا نظرنا إليها من جانب السلب سميناها التزاماً. وقد عرف القانون المدني العراقي الحق الشخصي في مادته ١ / ٦٩ بأنه رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل:

### أنواع الحقوق الشخصية:

تنقسم الحقوق الشخصية بالنظر إلى محلا إلى ثلاثة أنواع هي:

#### ١- الالتزام بإعطاء شيء:

وهو التزام المدين بأن ينقل للدائن ملكية شيء ما أو أي حق عيني آخر مثل التزام البائع والراغب بنقل ملكية شيء المبيع أو الموهوب إلى المشتري أو الموهوب له.

#### ٢- الالتزام بالقيام بعمل:

هو التزام المدين بالقيام بعمل إيجابي لمصلحة الدائن كالتزام الرسام بعمل لوحة لزيورته والتزام المقاول ببناء الدار والتزام الفنان بإحياء حفلة غنائية وهكذا.

### ٣- الالتزام بالامتناع عن عمل:

هو التزام المدين بالامتناع عن عمل يملك القيام به قانوناً ومثله أن يبيع شخص محلاً تجارياً إلى مشتر يشترط عليه عدم ممارسة نفس النوع من التجارة في المنطقة التي يقع فيها المحل الذي باعه.

#### الفروق بين الحق العيني والحق الشخصي:

إذا ما قارنا بين الحقين مقارنة تناول طبيعتهما وميزاتها تبين قيام جملة من الفروق بينهما نوجزها فيما يلي:

أولاً: يقوم الحق العيني نظراً إلى سلطة مباشرة لشخص معين على مال معين بالذات محل عنصريين هما: صاحب الحق ومحل الحق. أما الحق الشخصي فيتدخل إلى عناصر ثلاثة هي: صاحب الحق ومن عليه الحق ومحل الحق؛ لأنه رابطة بين طرفين يلتزم أحدهما قبل الآخر بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه.

ثانياً: لما كان الحق العيني سلطه مباشر على مال معين بالذات فإن صاحبه يستطيع الانتفاع بالشيء محل الحق بكافة وجوه الانتفاع دون وساطة شخص آخر. أما صاحب الحق الشخصي فلا يصل إلى حقه إلا بواسطة المدين لأن الحق الشخصي لا يعدو أن يكون رابطة قانونية بين شخصين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بمحل الحق.

ثالثاً: الحقوق الشخصية غير محددة في عددها بل هي لا تقبل التحديد بطبيعتها فللاشخاص الحرية في خلق ما يرغبون من روابط لتنظيم مصالحهم في حدود ما رسمه القانون واقتضاء النظام العام والآداب العامة.

أما الحقوق العينية فالرأي الراجح أنها ترد في القوانين على سبيل الحصر وإن من المتعذر خلق حق عيني يلتزم الكافة باحترامه يضاف إلى ما نصت عليه القوانين وذلك بسبب ما يضيقه السلطان على الحقوق العينية من حماية مردها اعتبار حق الملكية العينية المنفردة عنه وما تتطلبه من تنظيم من صميم النظام العام.

رابعاً: يعتبر الحق العيني من قبيل الحقوق المطلقة بسبب ما يفرضه على الأفراد من واجب عام يقتضيهم عدم التعرض لصاحب الحق. أما الحق الشخصي فهو حق نسبي إذ يلزم شخصاً أو أشخاصاً معينين.



خامساً - لما كان الحق العيني سلطة مباشرة على شيء معين بذاته فإن لصاحبه الحق في ملاحقة الشيء الذي أنصب عليه حقه في يد أي شخص انتقلت إليه ملكيته. وهذا ما يسمى بحق التبعية Droit de suite. وبه يضمن صاحب الحق العيني حقه مهما تنقل الشيء من يد إلى أخرى سواء كان هذا الشيء عقاراً أو منقولاً مع ملاحظة أن حق التبعية كثيراً ما تعطله قاعدة حيازة المنقول بسند الملكية.

وحتى التبعية من خصائص الحقوق العينية جميعاً أصلية كانت أم تبعية: ومظهره بالنسبة للحقوق العينية الأصلية دعوى الاستحقاق أو دعوى الاسترداد أما بالنسبة للحقوق العينية التبعية فيبدر على صورة مباشرة صاحب الحق لسلطته على اعتبار أن ما تقرر على الشيء من حقوق غير سار في مواجهته ولا وجود لحق التبعية في دائرة الحقوق الشخصية ذلك لأن صاحب الحق الشخصي ليس له سلطان مباشر على مال معين حتى يجوز له ملاحقته وإنها يترتب حقه في ذمت مدنية. والذمة المالية ليست مالاً معيناً بالذات وإنها تعني مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات.

سادساً - لصاحب الحق العيني حق التقدم أو الأولوية أو الأفضلية Droit preferene على الدائنين الشخصيين في استيفاء حقه من ثمن الشيء الذي ورد عليه الحق لانه من سلطة مباشرة عليه. خلافاً لأصحاب الحقوق الشخصية الذين يرد حقهم على ذمة المدين بسجنوعها لأجل ذلك الشيء بالذات. فإن كان المدين لا يملك غير هذا الشيء الذي يبيع للوفاء بما عليه من حقوق اقتضى صاحب الحق العيني حقه متقدماً على الدائنين الشخصيين ودفعت قبضة الثمن إليهم فإن كانت لا تفي بكامل ديونهم اقتسموها فيما بينهم فسمه غرماء أي يأخذ كل بقدر نسبة حقه من مجموع الحقوق الشخصية المترتبة في ذمة المدين.

ومع ذلك لما كان حق التقدم يقوم على المزاوجة بين الدائنين مزاجمة تستوجب التفاعل بينهم في استيفاء حقوقهم ولما كانت هذه المزاوجة لا يتصور قيامها بين أصحاب الحقوق العينية الأصلي وبين الدائنين الشخصيين فإن بوسعنا القول بأن هذا الحق من خصائص الحقوق العينية التبعية يتمتع به أصحابها فيقدمون بمقتضاء على من يترافعهم من أصحاب الحقوق الشخصية في استيفاء حقوقهم من ثمن الشيء الذي انصبت عليه.

سابقاً - يستطيع صاحب الحق العيني أن يتنازل عن حقه بإرادته المنفردة لأن الحق العيني ليس إلا سلطة مباشرة يجوز لصاحبها أن يتنازل عنها بملء حرية أما الحق الشخصي فلا يتم التنازل عنه بإرادة الدائن وحدها وإنما لابد من توافق إرادة الطرفين تغليباً لفكره أن الالتزام رابطة بين شخصين لا يجوز لأحدهما أن يشحكم بوجودها وإن تنفرد بحلها غير أن هذا القانون بين الحقيقتين الذي أقرته القوانين القديمة والذي لا يزال قائماً في فئة من القوانين المعاصرة لا وجود له في التقنين الحديثين المصري والعراقي اللذين أجازا التنازل عن الحق الشخصي بإرادة الدائن وحدها بشرط أن لا يرقضه المدين قبل القبول، وذلك تمثيلاً مع حكم الشريعة الإسلامية وتأثيراً بالمذهب المادي في تحليل طبيعة الالتزام.

ثامناً - تكسب الحقوق العينية بالتقادم<sup>(١)</sup> خلافاً للحقوق الشخصية ذلك لأن التقادم المكسب للحق يقوم على عنصرين هما: مضي المدة التي يحددها القانون والحيازة المادية للشيء. يقصد كسب الحق عليه، والحيازة المادية عنصر يتحقق في الحق العيني ولا يتصور وجوده في الحق الشخصي؛ لأن الحق العيني يرد على شيء محسوس يتقبل الحيازة بطبيعته ويتبدى على صورة سلطة مباشرة على شيء يمكن الاستيلاء عليه.

أما الحق الشخصي فينصب على اللزمة المالية ويبدو على شكل رابطة بين شخصين لا يعقل قيامها عن طريق الحيازة<sup>(٢)</sup>

#### المطلب الثالث الحقوق الأدبية:

و تقصد بها تلك الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية لا يمكن إدراكها بالحوس كالإنتاج الفني والأدبي وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية فكل هذه ثمرة الخاطر والفرجة ونساج الذهن ولقد جرى الفقهاء على تقسيم هذه الحقوق على قسمين هما:

(١) الأستاذ عبد الباقي البكري، النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام ج ١ مطبعة شفيق بغداد ١٩٥٩-١٩٦٠ ص ١٨-٢٠

## أولاً الحقوق الأدبية والفنية:

### ثانياً الحقوق التجارية والصناعية:

ومثال الحقوق الأولى حق المؤلف على كتابه وحق الملحن على موسيقاه وحق الرسامين والمثاليين على ما ينتجون من رسوم ومناظر.

ومثال الحقوق الثانية: حق المخترعين عن اختراعاتهم وحقوق التجار على الأسماء التجارية لمحللاتهم.

وستكون دراستنا قاصرة على بحث النوع الأول من الحقوق أي الحقوق الأدبية والفنية ذلك لأن مجال دراسة الحقوق الثانية تكون للقانون التجاري لعلاقتها الوثيقة به.

لقد نظم المشرع العراقي الحقوق الأدبية والفنية بقانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ الذي تنول شرح قواعده العامة في عدة نقاط نخصص الأول منها في موضوع من يتمتع بالحماية القانونية وثانيها في طبيعة حق المؤلف ومضمونه وثالثها في حماية حق المؤلف.

### أولاً: من يتمتع بالحماية القانونية

تنص المادة الأولى فق ١ من قانون حماية المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١ على أنه «يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أيًا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها» إن شرح هذا النص يتطلب منا البحث في نقطتين رئيسيتين هما المؤلف والمصنف الأدبي أو الفني.

أولاً المؤلف يقصد بالمؤلف هو كل من ينتج إنتاجاً ذهنياً أيًا كان نوع هذا الإنتاج وأيّا كانت طريقة التعبير عنه وأيّا كانت الأهمية التي تعطى لهذا الإنتاج أو الغرض منه طالما كان هذا الإنتاج على قدر من الابتكار عند المخترعين وواضح العلامات التجارية فيؤلاء يخضعون لقوانين خاصة فكل من يقوم بإنتاج ذهني مبتكر يعتبر صاحب حق وحقه ينشأ من مجرد الابتكار<sup>(١)</sup>.

(١) توليق حسن فرج من ٥٤٥.

ولا تنور صعوبة في تعيين شخص المؤلف إذا كان من أنتج المصنف شخصاً واحداً إذ في هذه الحالة يعتبر هو المؤلف ويبين المشرع بأن كل من نشر مصنفاً رتبته إلى نفسه سواء بذكر اسمه على المصنف أو بأية طريقة أخرى يعتبر مؤلفاً لما نشره إلا إذا قام على خلاف ذلك<sup>(١)</sup> ويقع أحياناً أن ينشر المصنف غفلاً عن الاسم وقد ينشر تحت اسم مستعار وفي هذه الحالة يثبت الحق للمؤلف بشرط أن لا يقوم أدنى شك في حقيقة شخصية المؤلف<sup>(٢)</sup> أما إذا لم يمكن الكشف عن شخصيته فيفترض أنه قد فوض الناشر لها في مباشرة الحقوق المقررة على هذا المصنف المعترف بها في القانون<sup>(٣)</sup>.

#### ثانياً: المصنف:

لا يقتصر لفظ المصنف على الكتاب بل هو يتصرف إلى كل نتاج ذهني أيما كان مظهر التعبير عنه كتاباً أو صوتاً أو رسماً أو حركة<sup>(٤)</sup> ولقد أورد المشرع أمثلة لما تشملته الحماية القانونية من المصنفات منها: المصنفات المكتوبة والمصنفات التي تلقى شقياً كالمحاضرات والدروس والخطب والمراغظ وما يماثلها والمصنفات الداعلة في فنون الرسم والتصوير بالخطوط والألوان أو الحفر أو النحت أو العجاة أو المصنفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية والمصنفات التي تؤدي بحركات أو خطوات فنية وتكون معلية مادياً للإخراج والمصنفات الموسيقية سواء اقترنت بالألغاز أو لم تفرق بها والمصنفات الفوتوغرافية والسينائية والمصنفات المعدة للإذاعة والتلفزيون والخرائط والمخططات والمجسمات العلمية والفلاحة العلية للفران الكريم<sup>(٥)</sup>.

هذا وإن هذا التعداد قد جاء على سبيل المثال لا الحصر لذا فإن حماية القانون تنال كل مصنف مبتكر مهما كان نوعه كما وإن الحماية القانونية لا تقتصر على مضمون المصنف وإنما هي تمتد إلى عنوانه كلما كان هذا العنوان متميزاً بطابع الابتكار ولم يكن دالاً على موضوع المصنف<sup>(٦)</sup> وإذا كان

(١) م ١ ق ٢ من قانون حماية حق المؤلف.

يعتبر مؤلفاً الشخص الذي نشر المصنف مشورتاً إليه سواء أكان ذلك بذكر اسمه على المصنف أو بأية طريقة أخرى إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك وينبغي هنا الحكم على الاسم المستعار بشرط أن لا يقوم أدنى شك في حقيقة شخصية المؤلف.

(٢) في المصنفات التي تحمل اسماً مستعاراً يفترض أن المؤلف قد فوض الناشر لها في مباشرة الحقوق المعترف بها في هذا القانون وذلك إلى أن يعلن المؤلف شخصيته ويثبت صفة.

(٣) إسماعيل غانم ص ١٤١.

(٤) (٢) ق ج م.

(٥) تشمل الحماية عنوان مصنف إذا كان متميزاً بطابع ابتكاري ولم يكن دالاً على موضوع المصنف.



نعيّن المؤلف لا يثير أية صعوبة في حالة ما إذا كان من أنتج المصنف شخصاً واحداً فإن الصعوبة تثار في بعض الأحيان في حالة المصنف المشترك<sup>١</sup> والمصنف الجماعي لهذا ينبغي اننترق إليها:

#### أ- المصنف المشترك:

وهو الذي يشترك أو يسهم في تأليفه عدة أشخاص وهذا الاشتراك أو الإسهام قد يكون مختلطاً بحيث لا يمكن تمييز عمل كل واحد من المشتركين وفي هذه الحالة يعتبر جميع المؤلفين أصحاباً للمصنف بالتساوي فيما بينهم إلا إذا اتفق على خلاف ذلك. فلا يجوز لأي منهم مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف إلا باتفاق الجميع غير أن لكل منهم الحق في رفع الدعاوى عند وقوع أي اعتداء على حق المؤلف. وقد يكون تأليف كل واحد منهم مميزة وذلك بسبب اختلاف نوع مساهمته كما في المصنفات الموسيقية الغنائية إذ يشترك في تأليفها واضع الشطر الأدبي كالرواية والأغنية وواضع الشطر الموسيقي والأساس في هذا النوع من المصنفات أن لكل واحد من المؤلفين الحق في الانتفاع بالجزء الذي ساهم به على حدة بشرط أن لا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ما لم يتفق على غير ذلك.

#### ب- المصنف الجماعي:

وهو الذي يشترك في إنتاجه عدة أشخاص بتكليف أو توجيه من شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه وبتدمج عمل المشتركين فيه في الفكرة العامة الموجهة من هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة ونص المادة (٢٧) على أنه "يعتبر الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجه ونظم ابتكار هذا المصنف مؤلفاً ويكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف".

#### ثانياً: طبيعة حق المؤلف ومضمونه:

اختلف الفقهاء حول طبيعة حق المؤلف وتشعبت آراؤهم سواء أكان ذلك في مجال الفقه أو في مجال القضاء وسبب ذلك يرجع إلى طبيعة حق المؤلف فهناك إلى جانب الحق المادي جانب آخر هو الجانب الأدبي والافهام السائد يرى أن حق المؤلف ليس حق ملكية بل إنه حق من نوع خاص له طبيعة مزدوجة ويتطوي على جانين جانب معنوي أو أدبي وآخر مادي أو

مالي ومصلحته الأدبية تقتضي أن يتمكن المؤلف من حماية شخصيته التي ظهرت في نتاج فكره ومصلحته المادية تقتضي أن يكون له وحده حق استغلال إنتاجه هذا استغلالاً مالياً.

١- الحق الأدبي وتعني به مجموعة الميزات التي تثبت للمؤلف على نتاجه الفكري والتي تعطيه السلطة الكاملة له وعلى هذا الإنتاج الفكري وذلك بتمكينه من حماية شخصيته التي تجلت في هذا النتاج وتتكلم من أهم الميزات أو السلطات التي يعطيها الحق الأدبي وهي:

أ- للمؤلف وحده السلطة في تقرير نشر مصنفه أو عدم نشره وفي تعيين طريقة النشر وفي تقدير أثر النشر على سمعته الأدبية أو الفنية وإذا اختار النشر فإن هنالك قيوداً تبرر المصلحة العامة تحد من سلطته ومنها:

١- لا يجوز للمؤلف بموجب المادة الثانية عشر بعد نشر مصنفه أن يمنع إيقاعه أو تثيله أو إلقاءه إذا حصل هذا في اجتماع عائلي أو اجتماع جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة مادام هذا الاجتماع لا يأتي بأي حسيطة مالية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ولموسيقى القوات العسكرية وغيرها من الفرق التابعة للدولة الحق في إيقاع المصنفات الموسيقية من غير أن تلزم بدفع أي مقابل للمؤلف مادام الإيقاع لا يأتي بأية حسيطة مالية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

٢- إذا قام الشخص بعمل نسخة واحدة من مصنف مشهور لاستعماله الشخصي فلا يجوز للمؤلف أن يمنع من ذلك (م ١٣ ق. ح. ج. م).

٣- ليس للمؤلف بعد نشر المصنفات حظر التحليلات والاقتباسات القصيرة إذا عملت بقصد النقد أو الجدل أو التثقيف أو التعليم أو الأخبار مادامت تشير إلى اسم المؤلف إذا كان معروفاً وإلى المصدر المأخوذ منه (م ١٤ ق. ح. ج. م).

٤- يجوز في الكتب الدراسية نقل المصنفات التي سبق نشرها في الفنون التخطيطية أو المجسمة أو الفوتوغرافية شريطة أن يقتصر النقل على ما يلزم بتوضيح المكتوب ويجب في جميع الأحوال أن تذكر بوضوح المصادر المنقول عنها وأسماء المؤلفين (م ١٤ ق. ح. ج. م).

٥- أباح القانون للهيئات الرسمية المنوط بها الإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون الحق في إذاعة أو عرض المصنفات التي تعرض أو توقع في المسارح أو في أي مكان آخر بشرط ذكر اسم المؤلف وعتوان المصنف وبعد دفع تعويض عادل للمؤلف أو خلفه والمستغل المكان الذي يذاع منه المصنف أو يعرض فيه إذا كان لذلك مقتضى (م ٣٥ ق. ح. ج. م).

ب- للمؤلف الحق في أن ينسب مصنفه إليه وحده فيكون له وحده الحق في أن ينسب مصنفه إليه وفي أن يدفع عنه أي اعتداء فيستطيع أن ينشره<sup>(١)</sup> اسمه أو باسم مستعار أو بغير اسم على الإطلاق وفي الحالتين الأخيرتين يكون له في أي وقت أن يعلن عن اسمه الحقيقي مهما طال الزمن<sup>(٢)</sup> ولا يسقط حقه في ذلك بالتقادم فالحق في نسبة المصنف الأدبي أو الفني حق متصل بشخص صاحبه لا يسقط بعدم الاستعمال.

ج- للمؤلف وحده سلطة إدخال ما يراه من تعديل أو تحوير في مصنفه (مادة ٤٢، مادة ٧).

د- للمؤلف وحده أن يسحب مصنفه من التداول بعد نشره فقد يرى المؤلف أن مصنفه أصبح غير ملائم مع تطور فكرة أو مائلاً بسمعه فيفضل منحه من التداول غير أن حقه هذا يؤدي إلى الإصرار بالتنازل إليه عن حق الاستقلال المالي للمصنف لذلك كان لابد من موافقة القضاء والقضاء لا يوافق على هذا الإجراء إلا لأسباب خطيرة تدعو إليه بعد تعويض المنازل إليه تعويضاً عادلاً (مادة ٤٢ في ج، ح، م).

#### خصائص الحق الأدبي:

١- أنه غير قابل للتصرف فيه فيعتبر باطلاً تصرف المؤلف في مجموع إنتاجه الفكري المستقبلي (مادة ٣٩) كما يعتبر باطلاً كل تصرف من غير المؤلف في الحقوق المنصوص عليها في المواد (٧، ٨، ١٠) (سلطة التعديل والتحويل سلطة تقرير نسبة المصنف إلى المؤلف).

٢- أنه لا يسقط بالتقادم لعدم استعماله مهما طالّت المدة.

٣- للمؤلف أن يدفع كل اعتداء على حقه الأدبي.

#### انتقال الحق الأدبي للورثة:

لا ينقضي الحق الأدبي بوفاة المؤلف بل هو ينتقل إلى ورثته وبشكل مؤبد غير محدد بمدة عكس الحق المالي لكن هؤلاء لا يتمتعون بكل السلطات التي كانت للمؤلف وإنما يتلك السلطات التي تمكنهم من المحافظة على سمعة المؤلف الأدبية أو الفنية بالشكل الذي ارتضاه بنفسه قبل موته فليس لهم أن يسحبوا مصنفه من التداول وإذا كان المؤلف قد أوصى بمنع نشر مصنفه أو بأي أمر آخر وجب تنفيذ أوامره.

## ٢- الحق المالي:

للمؤلف وحده الحق في استغلال مصنفه مالياً وذلك بأي طريقة من طرق الاستغلال ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن سابق منه أو عن تخلفه (مادة ٧) وقد بينت المادة الثامنة من ق. ح. م. طرق الاستغلال المختلفة التي يستطيع أن يباشرها المؤلف وهي:

- ١- أن يطبعه ويذيعه ويخرجه.
- ٢- أن يميز استعمال نسخة أو عدة نسخ من مصنفه للأشخاص الذين يستغلونها في أعمال التأجير والإعارة وغير ذلك من الأعمال المتعلقة بمصنف المصنف على الجمهور لذا كانت الغاية من هذا العرض هو الربح أو إعانة مشروع ما.
- ٣- أن يميز عرض مصنفه التمثيلي أو الموسيقى علناً أو نقله بأية واسطة كانت.
- ٤- أن يلقي مصنفه الأدبي أو المسرحي على الجمهور وإن يميز إلقاءه.

## خصائص الحق المالي للمؤلف:

- ١- عدم القابلية للحجز: تنص المادة الحادية عشرة من ق. ح. م. ح. على أنه لا يجوز الحجز على حق المؤلف يجوز حجز نسخ المصنف الذي تم نشره لقد بينا أن حق المؤلف له جانبان أدبي ومادي (مالي) وحيث أنه لا اختلاف في عدم جواز حق المؤلف الأدبي لأنه لصيق بشخصيته أما الجانب المادي فلا يظهر إلا عند الاستغلال فإنه يكون من الممكن إيقاع الحجز عليه عند استغلاله لحقه مالياً وذلك بنشره المصنف أما قبل نشر المصنف لا يمكن الحجز إذ لن تكون هناك أية ثمرة من وراء هذا الحجز على حق الاستغلال المالي؛ لأنه لا يكون إلا بالنشر والنشر لا يتم إلا بموافقة المؤلف<sup>(١)</sup> وكل ذلك حال حياة المؤلف أما بعد موته فيمكن إيقاع الحجز على أي مصنف له ولو قبل نشره إذا كان قد استهدف هذا النشر قبل وفاته بصورة قاطعة (م ١١ ف. ح. م. م).

(١) توفيق فرج حسن ص ٥٧٩.



٢- أنه يجوز النزول عنه للغير: يجوز النزول عن الحق المالي للمؤلف وهذا النزول قد يكون نهائياً وقد يكون كاملاً أو جزئياً كما أن هذا النزول قد يكون بعوض وقد يكون بدون عوض ويقع النزول حال الحياة بالبيع والهبة كما أنه يقبل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فيجوز أن يوصي الموصي بسلطات الاستقلال المالي لمصنفه لشخص أو عدة أشخاص معينين من ورثته أو غيرهم على أنه يجب أن يلاحظ أن المؤلف إذا نقل إلى الغير أحد حقوق الانتفاع المنصوص عليها في القانون فلا يترتب عليه إعطاء الحق في مباشرة حق آخر وهذا وقد نصت المادة ٣٨٨ ق ح م على أنه يشترط لصحة التصرف أن يكون مكتوباً وإن يحدد فيه ضمانة وبالتفصيل كل حق يكون عملاً للتصرف مع بيان مبداء أو الغرض منه ومدة الاستقلال ومكانه وعلى المؤلف أن يمتنع عن أي عمل من شأنه تعطيل الحق المتصرف به.

٣- أنه حق مؤقت: الحق المالي للمؤلف على مصنفه حق مؤقت فقد حدد له القانون مدة تنقضي بانقضائها فنصت المادة العشرون من القانون كقاعدة عامة على أن حقوق الانتفاع المالي تنقضي بمضي خمس وعشرين سنة على وفاة المؤلف وهي تنقضي في كل الأحوال بمرور خمسون عاماً من تاريخ نشر المصنف. وتحسب المدة في المصنفات المشتركة من تاريخ وفاة آخر من بقي حياً من المشتركين.

أما إذا كان صاحب الحق شخصاً معنوياً عاماً أو خاصاً فإن حقوق الانتفاع المالي تنقضي بخمسي ثلاثين سنة من تاريخ أول نشر للمصنف. وأخيراً فتحسب مدة الحماية بالنسبة للمصنفات التي تنشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف من تاريخ وفاته.

### ثالثاً - في حماية حق المؤلف:

يحمي المشرع العراقي حق المؤلف سواء أكان عراقياً أم أجنبياً متى نشر أو عرض أو مثل مصنفاته لأول مرة في العراق وكذلك مصنفات المؤلفين العراقيين التي تنشر أو تمثل أن تعرض لأول مرة في بلد أجنبي.

أما مصنفات المؤلفين الأجانب التي تنشر لأول مرة في بلد أجنبي فلا يحميهم المشرع العراقي إلا إذا مثل هذا البلد الرعايا العراقيين بحماية مماثلة لمصنفاتهم (م ٩ ق ح م ع).

### طرق الحماية:

- ١- الإجراءات التحفظية: نصت المادة ٤٦ من ق.ح.م.ع مع الإجراءات التحفظية التي يمكن إتخاذها لحماية حق المؤلف وهذه الإجراءات هي:
  - (١) إجراء وصف تفصيلي وشامل للمصنف الذي نشر أو أعيد نشره بوجه غير مشروع.
  - (٢) توقيع الحجر على المصنف الأصلي أو نسخة أو صورة وكذلك على المواد التي تستعمل في إعادة نشر ذلك المصنف أو استخراج نسخ منه بشرط أن تكون المواد المذكورة غير صالحة إلا لإعادة نشر المصنف.
  - (٣) فيما يختص بالإيقاع والتشيل والإلقاء بين الجمهور يجوز للمحكمة أن تأمر بحصر الإيراد الناتج من النشر أو العرض وتوقيع الحجر عليه.
- ٢- الجزاء المدني: تنص المادة ٤٤ من ق.ح.م.ع على أنه يحق لكل مؤلف وقع الاعتداء على حق من حقوقه المبينة في القانون أن يطالب بتعويض مناسب.
- وأشارت المادة ٤٧ على اعتبار دين التعويض ديناً ممتازاً على صفاتي ثمن بيع الأشياء والمبالغ المحجوزة.
- وفيما يتعلق بوقف الاعتداء وإزالة أثره فللمحكمة أن تأمر بناء على طلب المؤلف أو من يقوم مقامه أن تأمر بإتلاف نسخ أو صور المصنف الذي تصفى نشره اعتداء على حق المؤلف وكذلك المواد التي استعملت لنشره بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر دون أن تأمر بتغيير معالم النسخ والصور والمواد وجعلها غير صالحة للنقل وكل ذلك على نفقة الطرف المسؤول.
- عن أن إتلاف النسخ والمواد المستخدمة في إنتاجها قد لا يكفي لإزالة أثر الاعتداء فقد يترتب عليه ضرر يزيله هذا الإتلاف وفي هذه الحالة يكون للمؤلف أن يطلب إلى جانب الإتلاف تعويضاً عن الضرر الذي أصابه.
- ٣- لقد اهتم المشرع بحماية حقوق المؤلف وذلك بفرض جزاء جنائي يوقع على المعتدي فنصت المادة ٤٥ بأنه يعتبر مكرماً لجريمة التقليد ويعاقب بغرامة لا تقل عن عشرة دنانير ولا تزيد على مائة دينار كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية:
  - (١) من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص في المواد الخامسة والسابعة والثامنة والتاسعة والعاشر من هذا القانون.

- (٢) من باع أو عرض للبيع مصنفًا مقلدًا أو أدخل إلى العراق دون إذن المؤلف أو من يقوم مصنفات منشورة في الخارج وتشملها الحماية التي يقرها هذا القانون.
- (٣) من قلد العراق مصنفات منشورة في الخارج وكذا من باع هذه البصناعات أو صدرها أو تولى شحنها إلى الخارج.
- وفي حالة العود يحكم على الجاني بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور وبغرامة لا تزيد على ثلاثمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ويجوز للمحكمة أن تقضي بمصادرة جميع الأدوات المخصصة للنشر غير المشروع الذي وقع بالمخالفة لأحكام المواد الخامسة والسابعة والثامنة والتاسعة والعاشرة التي لا تصلح إلا للنشر ويجب مصادرة جميع النسخ المقلدة.





## الفصل الثامن عشر

### الشخصية

لا يمكن تصور الحق إلا منسوباً إلى شخص من الأشخاص والشخصية ليست وفقاً على الإنسان إذ دعت الحاجة إلى منح الشخصية لغير الإنسان من مجموعات الأشخاص أو الأموال لقد جرى الفقهاء على تسمية شخصية الإنسان بالشخصية الطبيعية والشخصية التي تمنح لمجموعة الأشخاص أو الأموال بالشخصية المعنوية وتدرس هذين الموضوعين بالتتابع.

### المبحث الأول

#### الشخصية الطبيعية وسمياتها

المقصود بالشخص الطبيعي هو الإنسان والمبدأ العام اليوم بالقوانين الحديثة هو ثبوت الشخصية القانونية لكل إنسان وذلك باعتباره كائناً اجتماعياً متبرزاً وضعت القواعد القانونية لتنظيم شؤونه فهو علة وجود القانون والغاية منه وإذا كانت هذه الحقيقة هي مسلمات عصرنا فإنها لم تكن كذلك على الدوام فلم يكن للرقبي مثلاً في المراحل الأولى للقانون الروماني أية شخصية قانونية كذلك فإن بعض الشرائع الحديثة وإلى عهد قريب كانت تعرف بها بسى بالموت المدني.

والفلا حظ أن الشخصية القانونية ثبت لكل إنسان دون أن يتوقف ثبوتها على وجود إرادة واعية عاقلة عنده إذ ثبتت صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات للطفل والمجنون مثلاً يؤثر فيها انعدام التمييز وإن كان هذا الانعدام يؤثر في أهلية الأداء لأن هذه الأخيرة يستند تقريرها لأفراد تبعاً لوجود الإرادة عندهم فهي كاملة لدى كامل الإرادة وهي ناقصة عند ناقصها وهي معدومة لدى معدومها وسنرى ذلك في حينه.

كذلك فإن ثبوت الشخصية القانونية لكل إنسان دون تمييز لا يعني بالضرورة تساويهم باكتساب الحقوق فال مواطن يتمتع بحقوق لا يتمتع بها الأجنبي كذلك تحرم قوانين أكثر الدول من تلك الأجنبي الأراضي الزراعية إلا في الحالات التي ينص عليها القانون وعلى سبيل المثال في بعض الدول لا زالت المرأة عرومة من حق الانتخاب لكن عدم التساوي هذا في اكتساب الحقوق لا يذهب بالشخصية القانونية وإنها يؤثر في نطاقها من حيث اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات.

## ابتداء الشخصية الطبيعية وانتهاءها

### ١- ابتداء الشخصية الطبيعية:

تبدأ شخصية الإنسان بولادته حيًا (م/ ٣٤ مدني) والولادة لا بد أن تكون تامة بأن يتفصل المولود عن أمه انفصالًا تامًا وإن يكون حيًا فإذا كان كذلك ثبتت له الشخصية القانونية وهي تثبت له وحتى لو مات بعد لحظة قصيرة من ولادته مادام قد ولد حيًا ويقوم الدليل على حياته بثبوت أعراض ظاهرة للحياة كالنكاه والصراخ والشهيق والحركة فلا يشترط أن يكون المولود قابلاً للحياة<sup>(١)</sup> فإذا ولد الجنين ميتًا فلا تبدأ الشخصية القانونية حتى ولو تمت الوفاة خلال فترة الوضع.

أما إذا انفصل عن أمه بجنابة فإن الشخصية القانونية تثبت له ولو ولد ميتًا وتثبت واقعة بشهادة الميلاد المستخرجة من السجلات الرسمية المعدة لهذا الغرض وفقًا لقانون الأحوال المدنية فإذا انعدم هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج فيه فيجوز الإثبات عند ذلك بأي طريقة أخرى (م/ ٣٥ مدني) ذلك لأن واقعة الولادة واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات أن ما يتفرع عن هذه الواقعة من نسب فإنه يخضع لقواعد الأحوال الشخصية.

### حالة الجنين:

إذا كانت الشخصية القانونية تثبت للشخص بولادته حيًا كما ذكرنا فإن القانون استثناء من ذلك يثبت بعض الحقوق للجنين أو الحمل فقد نصت المادة ٣٤ مدني بققرتها الثانية على أنه (ومع ذلك فحقوق الحمل يحددها قانون الأحوال الشخصية) فيثبت للجنين بالإضافة إلى حقه في النسب الحق في الميراث والوصية كما يستفيد من الاشتراط الذي يعقد لمصلحته وحيث أن هذه الحقوق يمكن اكتسابها دون الحاجة إلى القبول فقد استخلص الفقهاء عدم قابلية الجنين لاكتساب الحقوق التي تتطلب قبولاً لاكتسابها.

على أن الاعتراف للجنين ببعض الحقوق مشروط بولادته حيًا فإذا ولد ميتًا لم تثبت له الشخصية القانونية فكانه لم يكن ولم تقرر له حقوق فقط ويرد الموقوف له من الإرث والوصي إلى أصله من التركة ويقسم بين ورثة الموروث الأصلي.

(١) د. أحمد الكبيسي الأحوال الشخصية مطبعة الرشاد بغداد ١٩٧٢ ج ٢ ص ٩٠.

والخلاصة أن الذي يثبت للجنين هو وجود أهلية ناقصة أي أهلية اكتساب الحقوق دون أن تكون عليه التزامات إذ لا يتصور صدور فعل منه بسبب مسؤوليته.

## ٢- انتهاء الشخصية:

### (أ) انتهاء الشخصية بالموت الحقيقي:

تنتهي الشخصية ب وفاة الشخص فعلا وهذا ما نصت على المادة ٣٤ فقرة أول حيث قالت (وتنتهي بوفاته) ذلك أن المولى لا يعتبرون أشخاصا في نظر القانون وتثبت واقعة الوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك فإذا انعدم الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج في السجلات فيجوز الإثبات بأية طريقة أخرى (٣٥٠ مدني) وإذا كانت الشخصية تنتهي بالوفاة فإن بعض فقهاء الفقه الإسلامي وخاصة فقهاء المالكية والحنفية كانوا يقررون امتداد تلك الشخصية امتدادا اعتباريا إلى ما بعد الموت إذا كانت التركة مفرقة بالدين وحتى تصفية تركة البيت تطبيقا للقاعدة الشرعية المعروفة (لا تركة إلا بعد سداد الديون) أي بعد أن تنفذ التزامات التركة من ديون ووصايا فيقول ما يتبقى منها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي هم يستندون في هذا إلى الآيات الكريمة ومنها «مِنْ ثَمَرِهِ يُحْيِي بِهَا أَرْزَاقًا»<sup>(١)</sup> وذهب جمهور فقهاء المسلمين إلى أن التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة بها لها وما عليها.

### (ب) انتهاء الشخصية بالموت الحكمي (حالة المفقود):<sup>(٢)</sup>

المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره فلا يعرف أن كان حيا أو ميتا ولما كان الشرع يهدف إلى استقرار العلاقات الاجتماعية فإنه أجاز إنهاء الشخصية إنهاء تقديرية وذلك في حالة المفقود الذي غاب عن وطنه غيبة منقطعة وانقطعت أخباره بحيث يغلب احتمال موته على احتمال حياته بالرغم من أنه لا يمكن تقديم دليل يقضي على وفاته لذا يجب حسم مركزه الغائب بالتعيين للمقاضي باعتباره ميتا.

(١) هذا ولقد حنوز مؤخر القانون يعالج حالة المفقودين من الناحية المالية هو: قانون رعاية المقاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠

م ٨٦: المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو ماته

م ٨٧: يتم الإعلان عن حالة المفقود بقرار من المحكمة

ويشترط الإعلان إذا ظهر دليل على حياة المفقود

م ٨٨: إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل عينت المحكمة لها عليه

م ٨٩: يبري على الغيب ما ينزوي على الوصي من أحكام إلا ما استثني ببعض خاص

م ٩٠: أولا تحرر أموال المفقود أو الغائب عند تعيين قيم عليه وتدار أموالها على طراز أموال المصنفين -

بحيث تنقضي شخصيته بالموت التقديري لا بالموت الحقيقي وذلك خلافاً للأصل بانتهاء الشخصية.

هذا وإن القانون المدني العراقي نص على أن من طاب بحيث لا يعلم أهو حي أم ميت يحكم بكونه مفقوداً بناءً على طلب ذي الشأن كما أشار إلى أن أحكام المفقود تخضع لقانون الأحوال الشخصية (م / ٣٦ / مدني) وحيث أن قانون الأحوال الشخصية لم ينظم أحكام المفقود فإنها تبقى خاضعة للشرعية الإسلامية بمذاهبها المختلفة فإذا حكم بموته توزع أمواله على ورثته الموجودين وقت الحكم وتعد زوجته إن كان متزوجاً عدة الوفاة. أما إذا ظهر المفقود بعد الحكم بعد وفاته فإن من شأن ذلك أن يعيد له شخصيته القانونية لأن الحكم بموت المفقود هو حكم اعتيادي وليس حقيقة على شرط أن لا يضر ذلك بحقوق الغير فإذا كانت تركته قد وزعت على الورثة فتعاد إليه إذا كانت ما تزال موجودة وتعود إليه زوجته ما لم تكن قد تزوجت من آخر حسن النية غير عالم بحياة الأول. هذا ونورد بحث الشخصية الطبيعية في الكلام عن مميزات الشخصية ومن ثم في الكلام عن الأهلية.

#### أولاً: مميزات الشخصية:

تعني بمميزات الشخصية مجموعة الأوصاف التي تلحق كل شخص والتي من شأنها التأثير في حياته كونه متممياً إلى دولة معينة أو أسرة معينة أو كونه يسمى باسم معين أو مغنياً بصقة دائمة أو مؤقتة ومن صلاحيته اكتساب الحقوق وقدرته على التصرف بها. وقد أشارت إلى هذه الخصائص أو المميزات المواد ٣٧ / ٤٠ من القانون المدني العراقي وهي على التوالي الجنسية، الأسرة، الوطن، والموجة المالية.

م ٩٣ : للمحكمة أن تحكم بموت المفقود في إحدى الحالات التالية

١- إذا قام دليل قاطع على وفاته.

٢- إذا مرت أربع سنوات على إعلان فقده.

٣- إذا فقد في ظروف يغلب معها افتراض هلاكه ومرت سنتان على إعلان فقده.

م ٩٥ : يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته.

م ٩٦ : تقسم تركة المفقود المحكوم بموته وفق المادة ٩٥ من هذا القانون على ورثته الموجودين وقت الحكم بموته.

م ٩٧ : تعاد أموال القالب أو المفقود إليه عند حضوره أو تسليمه إلى ورثته عند ثبوت وفاته حقيقة أو حكماً ونسري

عليه أحكام المادة ٥٩ من هذا القانون.



#### ١- الجنسية:

الجنسية علاقة سياسية وقانونية روحية بين الفرد والدولة. فلكل دولة في عصرنا الحديث جنسية لمنحها للأفراد الذين يكونون شعبها والدولة وحدها هي التي تحدد الحقوق والواجبات باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان كما أنها تصدر القوانين اللازمة التي تبين كيفية اكتساب الجنسية وفقدانها وما هي الحقوق التي تترتب على تمتع الفرد بجنسية الدولة. والجنسية إما تثبت للشخص لحظة ميلاده وتسمى بالجنسية الأصلية أو تكتسب بعد الميلاد وليست لأول مرة بل جنسية ثانية بالجنسية المكتسبة.

#### ١- الجنسية الأصلية:

فلما إن الجنسية الأصلية هي تلك الجنسية التي تثبت للشخص لحظة ميلاده، وهي تحدد على أحد أساسين هما حق الدم وحق الإقليم.

#### أ- حق الدم:

وهي الجنسية التي يكتسبها الشخص لحظة ميلاده بسبب أصله العائلي أي التي تثبت للشخص بسبب البثوة الشرعية فالدولة تمنحها إلى أولاد رعاياها لأهم سيندجون في المجتمع ويعتبرون متعلقين بالوطن لأنه أرض الآباء والأجداد وسواء أتمت ولادتهم في أرض وطن الأب أم في وطن أجنبي. وحق الدم هو الأساس الأول في قانون النسية العراقي فقد نصت المادة ١/٤ من قانون الجنسية رقم لسنة ١٩٦٣ على أنه يعتبر عراقياً ممن ولد في العراق أو خارجه لأب متمتع بالجنسية العراقية.

#### ب- حق الإقليم:

وهي الجنسية التي يكتسبها كل من ولد فوق إقليم الدولة بصرف النظر عن جنسية والديه ويلاحظ أن قانون الجنسية العراقي حدد حالات معينة بثبوت الجنسية على أساس حق الإقليم فنصت المادة ٣/٤ على أنه:

(يعتبر عراقياً من ولد في العراق من والدين مجهولين ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولوداً في العراق ما لم يتم الدليل على خلاف ذلك).

كما قد تمتح الجنسية على أساس كل من الحقيقتين حق الدم وحق الإقليم ولأعتبارات المعينة وغالبًا ما تكون إنسانية ومن هذا ما نصت عليه المادة ٤ / ٢ من قانون الجنسية العراقية حيث قالت (يعتبر عراقياً من ولد في العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لا جنسية له).

#### ٢- الجنسية المكتسبة:

وهي تلك الجنسية اللاحقة التي يحصل عليها الفرد بعد الميلاد وتسمى أيضًا بالجنسية المختارة للدور الذي يلعبه الفرد باختيارها ولكن لا بد من طلب وموافقة على منحها وأسباب اكتسابها في القانون العراقي هي:

١- الولادة لأم عراقية في خارج العراق من أب أجنبي لا جنسية له.

٢- التجنيس.

٣- الزواج المختلط (زواج العراقي من أجنبية).

٤- الولادة المضاعفة.

٥- المواطن المغترب.

#### ٢- الأسرة:

وهي مجموعة الأشخاص الذين تجمعهم صلة القرابة سواء أكانت قرابة نسب أو قرابة مصاهرة (م/ ٣٨ / ٩٣ مدني).

#### ١- قرابة النسب:

وهي القرابة التي يكون أساسها وحدة الدم المشترك أي التي تقوم على أساس اشتراك الأشخاص في أصل واحد وهذا ما قرره المادة ٣٨ من القانون المدني حيث قالت (أسرة الشخص تتكون من ذوي قرابه ويعتبر من ذوي القرابي من يجمعهم أصل مشترك وقرابة النسب إما أن تكون قرابة مباشرة أو قرابة حواشي).

أ- القرابة المباشرة: وهي القرابة القائمة على عامود النسب وهي قرابة الأصول والفروع بحيث يكون أحدهم فرعاً لآخر كصلة الابن بآبيه وجده والأصل هو من نزل منه الشخص كالأب وأصوله والفرع كل من ينحدر من الشخص كالأبن وفروعه وهذا ما تقرره المادة ٣٩ / ١ مدني حيث تقول القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع.

### ١- قرابة الحواشي:

هي القرابة بين الأشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً لآخر كالقرابة بين الأخ وأخيه والولد وعمه وخاله وهذا ما قررت المادة ٣٩ / و ١٠ حيث تقول (قرابة الحواشي هي الرابطة ما بين الأشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً لآخر).  
حساب القرابة: تحسب القرابة المباشرة باعتباره كل فرع درجة عند الصعود بالأصل بخروج هذا الأصل فالقرابة بين الابن وأبيه هي من الدرجة الأولى وبينه وبين جده لأبيه هي من الدرجة الثانية، أما حساب درجة قراب الحواشي فتحسب الدرجات صعوداً من الفرع للأصل ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر وكل فرع في ما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة فالأخ يعتبر من الدرجة الثانية بالنسبة لأخيه لأن الأصل المشترك بينهما هو الأب وكل منهما يعد درجة بالنسبة إلى الأصل المشترك الذي هو الأب فالمجموع هو درجتان وهكذا وقد نصت على هذا الحكم المادة (٣٩ / ٢ مدني) حيث قالت (ويراعى في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل وعند حساب درجة قرابة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر وكل فرع يعتبر درجة دون أن يحسب الأصل المشترك).

### ٢- قرابة المصاهرة:

المصاهرة صلة قانونية تنشأ بسبب الزواج بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر إذ نصت المادة (٣٩) فق ٣ من ق م ج.  
(وأقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر) وهذا يعني أن قرابة المصاهرة تكون بين أحد الزوجين وأقرباء الزوج الآخر وقرابة المصاهرة لا تؤدي إلى صلة قرابة بين أقارب أحد الزوجين وبين أقارب الزوج الآخر فلا قرابة مصاهرة بين أقارب أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر.  
هذا مع ملاحظة أن الصلة بين الزوجين نفسيهما لا يمكن اعتبارها تقوم على أساس قرابة المصاهرة وإنما هي صلة ذات طبيعة خاصة هي صلة الزواج وإن كانت هذه الصلة أساس وجود صلة المصاهرة أما بصدد حساب درجة القرابة في المصاهرة فهي تحسب كما تحسب في قرابة النسب وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثالثة من المادة (٣٩) مدني فالزوج يعتبر قريباً من الدرجة الأولى لأبي زوجته أو أمها وقريباً من الدرجة الثانية لأخيهما وهكذا.

### ٣- الاسم:

الاسم من محيزات الشخصية وإذا كان كل إنسان يتمتع بشخصية بنظر القانون فإن من الضروري أن يتميز كل إنسان عن غيره من الناس بوسيلة أو علامة تمنع الخلط بينه وبين غيره وهذه الوسيلة أو العلامة هي الاسم ولاهمية هذا الموضوع فقد حرصت القوانين الحديثة على تنظيمه فقد نص القانون المدني العراقي في مادته (٤٠) على أنه:

١- يكون لكل شخص اسم، ولقب الشخص يلحق بحكم القانون أو لاداء.

٢- وينظم تشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها<sup>(١)</sup>.

وللاسم معنيان الأول ضيق وهو يشمل اسم الشخص والآخر واسع يشمل اسم الأسرة أي لقبه الذي يحمله الشخص بالإضافة إلى اسمه الشخصي مما يحمله غيره من أفراد أسرته. والأصل أن اللقب يلحق بالشخص عن طريق النسب فيأخذ الولد لقب أبيه وإذا كانت بعض القوانين الأوروبية قد أعطت الحق للزوجة بحمل لقب زوجها عن طريق الزواج فإن القانون العراقي لا يعطي مثل هذا الحق<sup>(٢)</sup>.

### الطبيعة القانونية للاسم:

ثار خلاف بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية للاسم فاعتبر البعض حق الإنسان في اسمه حق ملكية بينما ذهب البعض الآخر على أن الاسم هو نظام من أنظمة البوليس المدني فالتكليف الصحيح للاسم بأنه ذو طبيعة مزدوجة فهو حق من ناحية وواجب من ناحية أخرى واعتبر حق الشخص باسمه حقاً من الحقوق العامة المصنفة بالشخصية وليس حقاً مالياً كحق الملكية أما اعتبار كونه واجباً ذلك لأن القانون قد ألزم كل شخص أن يكون له اسم شخصي بالإضافة إلى اللقب لتمييزه عن غيره كما أنه لا يترك لهم الحرية في تغيير أسمائهم أو تصحيحها حسب رغبتهم بل لابد من إجراءات معينة يقرضها القانون نفسه.

### خصائص الاسم:

١- عدم القابلية للتصرف: لما كان الاسم وهو العلامة التي تميز الشخص عن غيره وباعتباره من الحقوق العامة الملاصقة بالشخصية فلا يجوز التصرف فيه سواء بين الأحياء أو بعد الموت بالوصية.

(١) انظر قانون الأحوال الشخصية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٢.

(٢) د. حسن كيرة المصدر السابق ص ٤٧.



٢- عدم القابلية للسقوط بالتقادم: ويترتب أيضًا على كونه لصيقًا بالشخصية عدم قابلية السقوط بالتقادم ولو لم يستعمله صاحبه مدة طويلة كما لا يكتسب من يتحلل اسم آخر حقًا فيه مهما طال مدة استعماله له وذلك على عكس الحقوق المالية فهي تكتسب فقط بالتقادم بصورة عامة.

حماية الاسم: لما كان حق الشخص باسمه هو من الحقوق العامة البصيقة بالشخصية فإنه يترتب على ذلك أن صاحب الاسم له الحق في أن يدفع عن اسمه اعتداء الغير عليه سواء أكان ذلك عن طريق منازعة الغير له باسمه دون مبرر أو في انتحال الغير لاسمه وقد قرر القانون المدني العرفي حماية الاسم في مادته ٤٦ / (التي نصت على أنه ينقل من نازعه الغير في استعماله لقبه بلا مبرر ولكل من انتحل الغير لقبه أن يطلب وقف هذا التعرض وإن يطلب التعويض إذا لحقه الضرر من ذلك).

#### فالحماية التي يقررها القانون تتحقق بوسيلتين:

- الأولى: وقف أي اعتداء على الحق في الاسم حتى ولو لم يترتب له ضرر.
- الثانية: المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية أو المعنوية التي لحقت جراء منازعته باسمه أو انتحاله له.

#### الاسم التجاري:

لا بد من الإشارة إلى أن الاسم التجاري وهو الاسم الذي يتخذه شخص أو شركة لتمييز متجرك قد يكون هو نفس الاسم المدني للشخص أو اسمًا آخر فهو ليس عميرًا للشخصية في ذاتها بل للنشاط التجاري لشخص وهو بالتالي يعتبر عنصرًا من عناصر المحل التجاري وبالتالي ذا طابع مالي فيجوز التصرف فيه كما يجوز تملكه بالتقادم<sup>(١)</sup>.

٤- المواطن: هو المقر القانوني للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانوني وعلاقته مع غيره من الأشخاص بحيث يعتبر موجودًا فيه على الدوام وإن تغيب عنه بصورة مؤقتة والمواطن بهذا المعنى إذن هو المكان الذي يفترض أن الشخص يباشر فيه نشاطه القانوني ويتجاطبه فيه الغير بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا النشاط. هذا وإن تحديد المواطن فيه حماية للشخص نفسه وحماية للغير أيضًا. والمواطن على نوعين عام وخاص.

(١) د. عبد النعم البدراري المدخل للقانون الخاص، ط ١، القاهرة ١٩٥٧.

المواطن العام: هو المثر الذي يعتد به القانون بالنسبة إلى نشاط الشخص وعلاقاته وأعماله بوجه عام.

والمواطن الخاص: فهو المثر الذي يعتد به لبعض أعمال الشخص أو علاقاته أو بعض أوجه النشاط على وجه التخصيص.

### المواطن العام

١ - المواطن الإرادي: تنص المادة ٤٢ من القانون المدني العراقي على أن المواطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصورة دائمة أو مؤقتة فالمواطن العام يتحدد كقاعدة عامة بالإقامة المعتادة مع قصد الاستقرار بصورة دائمة أو مؤقتة.

كما يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد وهذا ما تقرره المادة ٤٢ بقولها: (ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد) فإذا كان الشخص مثلاً يقيم بعض الوقت في الريف وبعضه الآخر في المدينة أعتبر كلاً من المكانين موطناً عاماً للشخص ويسمى هذا المواطن بالمواطن الإرادي لأن إرادة الشخص هي التي تتحكم في تحديده واختياره والمواطن لا يتحدد على هذا النحو إلا لتكملي الأعلى.

٢ - المواطن الاتزامي: إذا كان الأصل هو أن المواطن العام يتحدد باختيار الشخص وإرادته فإن هنالك استثناء على هذه القاعدة أوجده القانون لحماية لمصلحة بعض الأشخاص وهم المفقودون والقصر والمحجورون وذلك لأن هؤلاء لا يباشرون التصرفات القانونية بأنفسهم بل يباشرها نيابة عنهم ولمصلحتهم من ينوب عنهم قانوناً لذلك حدد لهم القانون ودون تدخل من إرادتهم المواطن العام لهم وهو موطن من ينوب عنهم قانوناً وهذا ما قررتة المادة ٤٢ ق.م.ع حيث قالت: «مواطن المفقودين والقصر وغيرهم من المحجورين هو موطن من ينوب عنهم قانوناً».

### المواطن الخاص

#### ١ - موطن الأعمال

نصت المادة ٤٤ ق.م.ع على أنه: «يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً له بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة».

يتبين في هذا النص وجود موطن خاص إضافة إلى الموطن العام الذي ذكرته آنفاً يتحدد بالمكان الذي يباشر فيه الشخص تجارته أو حرفته ويعتد به بالنسبة لشؤون هذه الحرفة أو التجارة أما فيما يتعلق بهذه الأعمال فالمعبرة فيه بالموطن العام.

#### ٢- موطن القاصر المأذون له بالتجارة:

وأما أن موطن القاصر يتحدد بموطن من ينوب عنه قانوناً ولكن القانون قد يأذن للقاصر إذا بلغ سنّاً معينة لإرادة أمواله كلها أو بعضها فيكون له موطن خاص بالنسبة للأعمال التي يجوز مباشرتها يتحدد على أساس إقامته المعتادة وهذا ما قرره المادة ٤٣ / ٢ ق م ع. «ومع ذلك يجوز أن يكون للقاصر المأذون له بالتجارة موطن خاص بالنسبة للأعمال والتصرفات التي يعتبرها القانون أهلاً لمباشرتها». وفيما عدا ذلك يكون موطنه الأصلي هو موطن وليه أو وصيه.

#### ٣- الموطن المختار:

وهو الموطن الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل أو تصرف قانوني معين كاختيار شخص مكتب عاميه موطناً مختاراً بالنسبة له لتنفيذ عمل قانوني كإجارة عقار معين وهكذا ما قرره المادة ٤٥ / ق م ع حيث نصت على أنه لا يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين «كما نص القانون على ضرورة إثبات وجوب الاتفاق على الموطن المختار بالكتابة ضمناً لاستقرار التعامل وحسن تنفيذ الأعمال».

والأصل أن الموطن المختار يعتبر الموطن بالنسبة لكل ما يتعلق بالعمل الذي اختير من أجله إلا إذا اتفق صراحة على قصر الموطن المختار على بعض الأعمال دون البعض الآخر.

## ٥- الذمة المالية

هي مجموع ما يكون للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية في الحال والمستقبل ويتبع عن هذا التعريف أن ذمة الشخص المالية تتكون من عنصرين الأول هو الحقوق والتي تكون الجانب الإيجابي وهي مجموع حقوق الشخص المالية الموجودة فعلاً وكذلك التي توجد في المستقبل «الأموال» والعنصر الثاني هي الالتزامات التي تكون الجانب السلبي من الذمة المالية «الديون» فإذا زادت حقوق الشخص عن التزاماته اعتبر مومراً وقد تزيد الالتزامات على الحقوق فيكون معتمراً وينتج من هذا أن الذمة المالية ترتبط بالشخصية ذلك لأن الشخصية القانونية ليست سوى الصلاحية<sup>(١١)</sup> لثبوت الحقوق التحمل بالالتزامات فالذمة المالية لا تنشأ مستقلة بذاتها بل تستند في وجودها إلى شخص معين فالذي يلم شتات عناصرها المختلفة هو نسبها جميعاً إلى ذلك الشخص هذا وقد تنازعت تأصيل فكرة الذمة المالية عدة نظريات في الفقه أبرزها ثلاث نظريات هي «النظرية الشخصية» التي تقول بأن الذمة المالية ليست سوى الصلاحية لاكتساب الحقوق ونشأة الالتزامات حيث تندمج فكرة الذمة المالية في فكرة الشخصية فلم تعد الذمة المالية إلا الشخصية في مظهرها المالي<sup>(١٢)</sup> ونظرية التخصيص أو ذمة الغرض<sup>(١٣)</sup> التي تقول بإمكانية الفصل بين الذمة المالية والشخصية وتذهب إلى أنه قد يوجد مجموع من الحقوق والالتزامات يجمعها جميعاً غرض واحد خصصت له بدون شخص تستند إليه فالحقوق والالتزامات التي تتعلق بنشاط الشركة أو الجمعية أو المؤسسة مستقلة عن حقوق والتزامات الأفراد المكونين لها أو المستفيد منها فكلما وجدت مثل هذه المجموعات كانت هناك ذمة مالية<sup>(١٤)</sup> والنظرية الثالثة هي «النظرية الحديثة» التي ترفض الربط بين الذمة المالية والشخصية على النحو الذي أخذت به النظرية التقليدية إذ هي لا تعتبر الذمة المالية ناحية من نواحي الشخصية فهي تنظر إلى الذمة المالية باعتبارها وحدة تفتي فيها عناصرها فهي مجموعة ذمنية مستقلة عن تلك العناصر لا تتأثر بالتغيرات التي تطرأ عليها ولكن النظرية الحديثة تقف عند هذا الحد فلا تصل إلى دمج الذمة المالية بالشخصية وبالتالي لا تذهب إلى تطبيق خصائص الشخصية على الذمة المالية<sup>(١٥)</sup>.

(١) د. إسماعيل غانم، المصدر السابق ص ١١١.

(٢) د. إسماعيل غانم، المصدر السابق ص ١١٦، ومضاف أبو رمضان أبو السعود، المصدر السابق ص ٣٠٣.

(٣) د. إسماعيل غانم، ص ١١٢.

(٤) د. إسماعيل غانم، المصدر السابق ص ١١٧، ١٢٦، ومضاف أبو السعود، المصدر السابق ص ٣١٣.



### خصائص الذمة المالية:

- (١) إن الذمة المالية تثبت للأشخاص القانونيين طبيعيين كانوا أم معنويين فلكل شخص ذمة مالية ما دام أهلاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات أما الكائنات الأخرى فليست لها ذمة مالية.
- (٢) لا بد لكل ذمة مالية من أن تكون مستندة إلى شخص لها دامت هي الجانب المالي للشخصية فلا يتصور أن تكون هنالك ذمة لا تستند إلى شخص.
- (٣) وحيث أن الذمة المالية مرتبطة بالشخصية فهي واحدة بالنسبة للشخص لا تتعدد ولا تنجز ولا تنتقل من شخص إلى آخر وإن كان من الجائز التصرف بها بعناصرها فقط.

### أهمية الذمة المالية:

إن فكرة الذمة لها أهمية كبيرة من الناحية القانونية والعملية إذ أن الذمة المالية للشخص تكون الضمان العام لحقوق الدائنين وكلما زادت حقوق الشخص المالية ازداد الضمان العام لحقوق الدائنين وأعلمنا أن كفاءة مدينهم المالية هذا من حقه ومن جهة أخرى ولما كانت الذمة المالية بمجموعها ضامنة لحقوق الدائنين دون تخصيص عين من أعيانها بلانها أعطى ذلك المدين حرية التصرف في أمواله وإن كان مدينًا بشرط عدم الإضرار بحقوق دائنيه.

### ثانيًا الأهلية:

تعريف الأهلية: يمكن تعريف الأهلية بأنها صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه التزامات وصلاحية لصدور التصرفات القانونية منه على وجه يعتد به. ويميز الفقهاء بين نوعين من الأهلية هما أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

١- أهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه التزامات وبعبارة أخرى صلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه فهي في الواقع من الأمر لشخص ذاته منظور عليه من الناحية القانونية ذلك أن الشخص سواء أكان طبيعيًا أو شخصًا اعتباريًا إنهما ينتظر (إليه) القانون من ناحية لأن تكون له حقوق وعليه واجبات وتثبت له هذه الصلاحيات من وقت ميلاده بل وقبل ذلك عندما يكون جنينًا في بطن أمه إلى حين وفاته وتصفية تركته ومبدأ ديونه فإذا انعدمت الشخصية الطبيعية أو الاعتبارية انعدمت أهلية الوجوب كالجنين

يولد ميتاً وكالشركة بعد أن تصفى والميت بعد سداد ديونه فإذا مات الإنسان وكان عليه ديون وله حقوق يفترض استمرار شخصيته حتى تقبض حقوقه وتسدد ديونه أي أن القانون يعترف باستمرار أهلية الوجوب له حتى تقبض حقوقه وتسدد ديونه. كما يجب ملاحظة أن أهلية الوجوب التي للجنين هي أهلية وجوب ناقصة فهي قاصرة على إثبات الحقوق له دون إلزامه بأي التزام ولأن الالتزام يقتضي صدور عمل إرادي أو عمل مادي يرتد هذا الالتزام وكلاهما غير متصور صدورهما عن الجنين كذلك فإن صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق قاصرة على تلك الحقوق التي تنشأ عن القانون أو عن الإرادة المنفردة للمعير وعلى هذا يصح أن يكتسب الجنين حقاً عن طريق الميراث وعن طريق الوصية.

## ٢- أهلية الأداء:

هي صلاحية الإنسان لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً وبهذا تختلف أهلية الأداء عن أهلية الوجوب فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه أما أهلية الأداء فهي صلاحية لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها ويرتب على ذلك إمكان تمتع الشخص بأهلية الوجوب فقط أو بكلتا الأهلين ومناط أهلية الأداء هو التمييز فهي تدور معه وجوداً وعدماً فإذا كان تمييزه قائماً كانت الأهلية تامة وإذا كان التمييز ناقصاً كانت الأهلية ناقصة وإذا انعدم التمييز انعدمت معه أهلية الأداء.

### أقسام العقود من حيث أهلية الأداء:

ويمكن تقسيم العقود من حيث أهلية الأداء إلى ثلاثة أقسام هي:

- ١- عقود الغناء تغني من باسرها دون أن يدفع عوضاً: الحبة بالنسبة للمرهوب له والعارية بالنسبة للمستعير والوديعة بدون أجر بالنسبة للمودع.
- ٢- عقود ضارة ضرراً محضاً وهي: عقود التبرع بالنسبة للمعبرع أي التي ترد على الشيء لتصرف فيه بدون عوض ومثاله: الحبة بالنسبة للواهب.
- ٣- عقود دائرة بين النفع والضرر وهي: عقود المعاوضة بصورة عامة وهذا على نوعين:
  - أ- عقود إدارة وترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة للمؤجر.
  - ب- عقود تصرف وترد على الشيء لتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة للبائع والمشتري.

فمن كان كامل أهلية الأداء يصلح لمباشرة هذه الأقسام الثلاثة ومن كان ناقص أهلية الأداء

وهو الصبي المميز صلح مباشرة بعضها فله مباشرة عقود الاختشاء فقط وليس له مباشرة العقود الضارة ضرراً محضاً أما العقود البائدة بين النفع والضرر فإنها تكون موقوفة على إجازة وليه أو وصيه ومن كان معدوم الأهلية كالصبي غير المميز لا يصلح لمباشرة أي نوع من أنواع العقود أعلاه وكل تصرف منه يكون باطلاً.

ويتأثر تمييز الإنسان بآثر طبيعي عام هو السن الذي يمر بها في مراحل عمره كما قد يتأثر بآثر عرضي طارئ يعود إلى أمور تقع فتؤدي إلى اختلال في القوى العقلية أي في التمييز وهذه الموارد تسمى بموارد الأهلية أما السن التي يمر بها الإنسان من حيث أهليته فهي ثلاثة أنواع.

#### الدور الأول، الصبي غير المميز:

وتبدأ هذه من حين الولادة إلى إتمام السابعة من العمر والصغير في هذا الدور يكون عديم التمييز وبالتالي عديم الأهلية فليس له إجراء أي نوع من أنواع العقود ولو كان العقد نافعاً نفعاً محضاً فلا يصح منه أي تصرف من التصرفات القولية وكل تصرف يجريه يكون باطلاً وإن أذن له وليه (م ٩٧) ذلك لأن الأذن أجاز والإجازة لا تلحق العقد الباطل.

#### الولاية على مال الصغير:

وإذا كان الصغير غير أهل لصدور التصرف القولي منه على وجه يعتمد به شرعاً فلا بد من أن يكون هناك من ينوب عنه والذي ينوب عنه هو وليه وصيه وولي الصغير هو الأب والمحكمة<sup>(١)</sup> والجد إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً على الصغير ثم وصى الجد المختار ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبت المحكمة (م ١٠٢)<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ حيث تنص المادة ٢٧ منه بأن ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة.

(٢) انظر قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ حيث تنص المادة ٢٧ منه بأن ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة.

### حدود سلطة الوالي والوصي:

الولاية أقوى من الوصايا وبالتالي فإن ولاية الوالي على مال الصغير أوسع نطاقاً من ولاية الوصي فللوالي التصرف في مال الصغير بمثل القيمة أو بغبن يسير لا فاحش بشرط أن يكون مستور الحال أما إذا عرف الوالي بسوء التصرف فللمحكمة أن تفيد من ولايته أو أن تسلبه هذه الولاية (م ١٠٣) أما الوصي فله مباشرة عقود الإدارة فقط وتكون صحيحة نافذة ولو كانت بغبن يسير أما عقود التصرف فلا تصبح مباشرتها إلا بإذن المحكمة وبالطريق التي تحددها (م ١٠٥).

### الدور الثاني: الصبي المميز:

ويبدأ هذا الدور من تمام السابعة إلى بلوغ سن الرشد وهي ثماني عشرة سنة كاملة (م ١٠٦) وينتفع الصغير في هذا الدور بتمييز ناقص وبالتالي بأهلية أداء ناقصة، وعليه فللصبي المميز أهلية الاعتناء فيستطيع قبول هدية لأن ذلك نافعا نفعاً عمقاً له ويصبح تصرفه هذا ولو لم يجزه وله أو بإذن به، وليس له أهلية التبرع فلا يستطيع أن يهب شيئاً من ماله لأن ذلك ضار به ضرراً عمقاً ولو أذن له وله.

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعد موقوفة على إجازة الوالي أو الوصي.

### الصبي المأذون:

ولكن إذا أكمل الصبي الخامسة عشرة من عمره جاز للوالي بتخصيص من المحكمة أن يسلم الصغير مقداراً من ماله في التجارة فيه لتجربته وتربيته وإذا امتنع الوالي عن الإذن للصغير جاز للمحكمة الإذن لهذا الصغير كذلك إذا رأى الوالي أن الصغير لا يحسن للتجارة فله أن يحجزه ويطلب الإذن كذلك للمحكمة أن تعيد حجزه بعد أن أذنت (م ٩٨ - ١٠١) وحكم التصرفات التي يجريها الصغير المأذون هو حكم التصرفات الصادرة عن البالغ سن الرشد ولكن يجب ملاحظة أن هذه التصرفات يجب أن تكون إيجاباً لا هبة أو تبرعاً ولتقتضي التجارة هنا لا ينصرف إلى الأعمال التجارية خاصة وإنما ينصرف إلى كل عقود المعاوضة تجارية كانت أم مدنية.



### الدور الثالث: البالغ الرشيد:

ومن الرشيد شالٍ عشر سنة ميلادية كاملة فإذا بلغ القاصر هذه السن رشيداً عاقلاً ولم يحكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لجنون أو عته أو غفلة أو سفه كملت أهليته وكان بذلك أهلاً لمباشرة جميع أنواع التصرفات سواء أكانت نافعة نفعاً محضاً أو دائرة بين النفع والضرر أو ضارة ضرراً محضاً.

### عوارض الأهلية

#### حصر عوارض الأهلية:

#### عوارض الأهلية أربعة الجنون والعته والسفه والغفلة:

- ١- الجنون: هو آفة تصيب قوى الإنسان العقلية فتعدهم تميزه فأهلية المجنون معدومة؛ لأنه فاقد التمييز وحكمه حكم الصبي غير المميز وهو محجور لذاته كالصغير فلا حاجة لصدور حكم بالحجز عليه (م ٩٤) أما تصرفاته في حالة الإفاقة فهي كتصرفات العاقل (١٠٨).
- ٢- العته: وهو عارض يضعف القوى العقلية ولا يعدمها ولذلك اعتبره القانون كالصبي المميز (م ١٠٧) وعليه فإنه يتمتع بأهلية ناقصة ويستطيع القيام بالتصرفات التي يستطيع الصبي المميز، والمعتوه محجور لذاته كالصغير والمجنون.
- ٣- السفه: هو إنفاق المال على غير مقتضى العقل والشرع ناتجة عن ضعف بعض الملكات الضابطة لنفس الإنسان وتحملة على تدمير المال وإنلافه على خلاف مقتضى الشرع والعقل. والسفيه غير محجور لذاته بل لابد من صدور حكم من المحكمة للحجز عليه وإذا حجز على السفيه أصبح في حكم الصبي المميز ولكن تصرفاته الصادرة قبل صدور الحكم بالحجز تبقى صحيحة إلا إذا وقعت غش بطريق التواطؤ مع من تعامل معه توقفاً للحجز وإذا عاد السفيه إلى رشده رقت المحكمة الحجز عنه والولاية على مال السفيه هي المحكمة أو وصيتها.

٤ - الغفلة: هي عدم قهرس أو خبرة الشخص في التصرفات فلا يندى ذو الغفلة إلى معرفة التصرف الرابع من الخاسر فيعين في المعاملات لسلامة نيته وقد نص القانون المدني العراقي على أن حكم ذي الغفلة حكم السفيه فينطبق عليه كل ما قيل في هذا الشأن.

#### حالة خاصة:

نص المادة (١٠٤)

إذا كان الشخص أصم أبكم، أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعدر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تنصب عليه وصياً وتحدد تصرفات هذا الوصي والسبب في مساعدة أمثال هؤلاء ليس نقص الأهلية فهم في واقع الأمر كاملو التمييز ولكنه العجز الطبيعي. في التعبير عن الإرادة فينصب وصي عليه وتحدد تصرفات هذا الوصي في الأمور أو التصرفات التي ترى المحكمة أن من المصلحة قصر تدخل الوصي فيها.

### المبحث الثاني

#### الشخصية المعنوية وطرق اكتسابها

لقد أظهرت حقائق الحياة الاجتماعية ضرورة وجود شخصية أخرى غير الشخصية الطبيعية (الإنسان) معترف لها بالشخصية القانونية أيضاً ألا وهي الشخصية المعنوية أو الاعتبارية تنشأ من اجتماع جماعة من الأشخاص الطبيعيين أو من تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق غرض معين ويكون لها كيان مستقل عن شخصية الأفراد المكونين لها وعن شخصية من قام بتخصيص الأموال وهنالك اعتبارات متعددة أوجب الاعتراف بالشخصية القانونية لتلك المجموعات من الأشخاص والأموال منها:

١ - إنها تستطيع أن تقوم بإنجاز مهمات وأعمال يعجز الإنسان الفرد عن تحقيقها نظراً لحدودية إمكانياته.

٢ - يلاحظ أن بعض المشروعات يستغرق تحقيقها زمناً طويلاً قد يتجاوز عمر الإنسان وبالتالي فإن الاعتراف بالشخصية القانونية لتلك المجموعات يتيح لها القيام بأعمالها فلا يهددها وفاة إنسان معين أو مرضه أو عجزه عن العمل.

٣- عدم الاعتراف بالشخصية القانونية لتلك المجموعات يؤدي بالضرورة إلى التعامل مع كل فرد من أفراد هذه المجموعة مع ما في ذلك من عناء وتعقيد بينها الاعتراف بالشخصية القانونية للجماعات المذكورة يجعلها قادرة على أن تمارس نشاطها وإن تتعامل مع الأشخاص الأخرى باعتبارها وحدة قائمة بذاتها دون حاجة للتعامل مع الأشخاص المكونين لها.

تعريف الشخص المعنوي: ويعرف الشخص المعنوي بأنه مجموعة من الأشخاص أو الأموال يرمي إلى تحقيق غرض معين وينتج الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض ومن هذا التعريف يتبين لنا ما يلي:

أ- أن الشخص المعنوي مجموعة من الأشخاص أو الأموال.

ب- أنه يقوم لتحقيق هدف معين مستقل عن الأهداف الخاصة للأفراد المكونين له.

ج- أنه لا يمنح الشخصية القانونية إلا بقدر اللازم لتحقيق أغراضها إذ يجب أن يتحدد نشاطها القانوني بالحدود التي أنشئت من أجلها.

بدء الشخصية المعنوية (طرق كسبها):

لا تثبت الشخصية المعنوية لجماعة أو هيئة معنية إلا بعد الاعتراف بها من قبل السلطة المختصة في الدولة وبالتالي فإن الهيئات أو الجماعات التي لا يوافق القانون على قمتها بالشخصية المعنوية لا يمكن لها أن تنشأ منها كانت الأسباب<sup>(١)</sup> وبالتالي فإذا كان تدخل القانون ضرورياً للاعتراف بالشخصية المعنوية وابتدائها فإن هذا الاعتراف قد يكون اعترافاً عاماً وقد يكون اعترافاً خاصاً.

#### ١- الاعتراف العام:

يكون الاعتراف عاماً عن طريق تنظيمي قانون عام وفي هذه الحالة يضع المشرع ابتداءً شروطاً عامة إذا توافرت في أي جماعة من الأشخاص أو في مجموعة الأموال اكتسبت هذه الجماعة أو تلك المجموعة الشخصية المعنوية بقوة القانون<sup>(٢)</sup> ودون الحاجة إلى صدور قرار لاحق عن المشرع بمنح تلك الشخصية ولذلك أطلق على هذا النوع من الاعتراف اسم (طريقة التنظيم القانوني) ومثال ذلك ما نص عليه القانون المدني العراقي في مادته (٦٢٧) من

(١) د. ربيع شب المصنوع السابق من ١٨٨

(٢) د. حسن كبر المصنوع السابق من ٦٣٧.

أن الشركة تعتبر شخصاً معنوياً بمجرد تكوينها إلا إذا نص القانون على غير ذلك وعلى هذا الأساس فكل جماعة تتوافر فيها مقارنات الشركة وتكون مستوفية للشروط القانونية المطلوبة تكتسب الشخصية القانونية بناءً على الاعتراف العام المنصوص عليه في هذا القانون ومن دون حاجة إلى اعتراف خاص بكل شركة على حدة كذلك فقد نص القانون المدني<sup>(١)</sup> على أنه يعتبر شخصاً معنوياً كل من الدولة والأولية (محافظات) والبلديات والقرى والأوقاف والشركات التجارية والمدنية والجمعيات المؤسسة وفقاً لأحكام هذا القانون.

## ٢- الاعتراف الخاص:

ويكون الاعتراف خاصاً إذا كان الاعتراف المشرع بالشخصية المعنوية لجماعة معينة شرطاً لازماً لقيامها ففي هذه الحالة لا تثبت الشخصية المعنوية إلا من تاريخ القرار الذي يصدر من الدولة (أو إحدى سلطاتها) بالاعتراف بها وليس من تاريخ تكوينها، مثالها: هيئة رعاية أصحاب الكفاءات رقم ١٥٤ لسنة ١٩٧٤.

وسواء أكان الاعتراف عاماً أم كان خاصاً فإن هذا الاعتراف قد يكون صريحاً كما قد يكون ضمناً وتحقق حالة الاعتراف الضمني إذا نص القانون على إنشاء هيئة أو مؤسسة معينة ولكنه لم يذكر صراحة بأنها تتمتع بالشخصية المعنوية ومع ذلك سلم باستقلالها المالي والإداري عن سائر الهيئات وقرر لها أهلية إجراء التصرفات القانونية والتقاضى باسمها مما يعني أن هذه الهيئة أو المؤسسة لها شخصية مستقلة عن شخصية الأفراد الداخلين في تكوينها أي أنها تتمتع بالشخصية المعنوية.

## انقضاء الشخصية المعنوية:

كما أن للشخصية المعنوية بداية يبتأ كفية قيامها فإن لها نهاية ومن المعلوم أن لا مجال للحديث هنا عن الوفاة إذ أن هذا ظرف لا ينطبق إلا على الأشخاص الطبيعيين فالشخصية المعنوية لا تموت ولكن هذا لا يعني أن وجودها مستمر إلى ما لا نهاية ذلك لأن هناك أسباباً خاصة تؤدي إلى انقضاء الشخصية المعنوية وهذه الأسباب هي:

(١) المادة ٤٧ من القانون المدني العراقي.



#### ٦ - تحقيق الغرض المقصود من الشخص المعنوي أو استحالة تحققه:

فالشخصية المعنوية تنشأ للهيئات أو للجهات بقصد تحقيق هدف معين فإذا تحقق هذا الهدف فإن بقاءها يصبح بعد ذلك غير ضروري وكذلك الأمر في حالة ما إذا تبين استحالة تحقيق الغرض المقصود من قيام الشخص المعنوي إذ لا معنى ولا داعي لوجوده بعد ذلك.

٢ - حلول الأجل: وينقضي الشخص المعنوي انقضاء طبيعياً بانتهاء الأجل المحدد له إذا وجد مثل هذا التحديد فقد يتحدد له أجل في السند المنشئ له فإذا كان الأمر كذلك فإن شخصيته القانونية تنقضي بحلول هذا الأجل.

٣ - الانقراض: إذا كانت الجهات التي ثبت لها الشخصية المعنوية قد تكونت نتيجة الاتفاق كما في الشركات والجمعيات فإنه يجوز أيضاً أن يكون الانقراض سبب انقضاءها فإذا اتفق على انتهاء الجمعية أو الشركة انقضت شخصيتها المعنوية ويلاحظ أن الانقضاء في هذه الحالة إما أن يكون نتيجة إجماع كافة الأعضاء على حلها وإما بالأغلبية المحددة في القانون أو النظام والتي تملك بمقتضاها سلطة الحل.

٤ - حل الشخص المعنوي: وهنا يكون انقضاء الشخص المعنوي بشكل إجباري عن طريق عمل من الدولة فإذا صدر قرار بالحل انقضت الشخصية المعنوية رغم إرادة الأفراد الداخلية في تكوينها وقرار الحل قد يصدر عن سلطة إدارية كما يمكن أن يصدر من سلطة قضائية.

#### مميزات الشخصية المعنوية

لشخص الاعتباري كالشخص الطبيعي خصائص يميز بها وهي اسم وموطن وحالة وذمة مالية وأهلية<sup>(١)</sup> وفرضها فيما يلي:

(١) تنص المادة ٤٨ من القانون المدني العراقي على أنه:

١ - يكون لكل شخص معنوي مثل عن إرادته.

٢ - يتمتع الشخص المعنوي بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الشخص الطبيعي وذلك في الحدود التي يقرها القانون.

٣ - وله ذمة مالية مستقلة.

٤ - وعنده أهلية الأداء وذلك في الحدود التي بينها عقد إنشائه والتي يفرضها القانون.

٥ - وله حق التقاضي.

٦ - وله موطن. ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها أعمال في العراق تعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي المكان الذي فيه إدارة أعمالها في العراق.

#### ١- اسم الشخص المعنوي:

يجب أن يكون الشخص المعنوي اسم يميزه عن سائر الأشخاص المعنوية ويمنع اختلاطه بغيره من الأشخاص ويشترط المشرع عادة ذكر اسم الشخص المعنوي في السند المنشئ له فالمادة الثانية من قانون الجمعيات رقم (١) لسنة ١٩٦٠ توجب ذكر اسم الجمعية في النظام المكتوب الذي يوضع لها واقع عليه من مؤسسيها.

ويستند الاسم عادة من الغرض الذي أنشئ الشخص من أجله كما في الجمعيات والمؤسسات وشركات المساهمة.

وقد يكون اسم الشخص المعنوي اسماً تجارياً مما يكسبه قيمة مالية وبالتالي يصبح داخلاً في دائرة التعامل مما يجعل الحق فيه محلاً للتصرف والاكتساب والفقرة بالتفادم<sup>(١)</sup>.

ويحمي القانون اسم الشخص المعنوي من كل انتحال أو منازعة فيه من قبل الغير ويكون لعائلته طلب وفق أي اعتداء عليه، مع التعويض عما لحقه من أضرار.

٢- موطن الشخص المعنوي: يكون للشخص المعنوي موطن مستقل عن موطن الأشخاص المكونين له ويتحدد موطن الشخص المعنوي في القانون العراقي بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارته<sup>(٢)</sup> والمقصود بمركز الإدارة هو مركز النشاط القانوني والمالي والإداري فهو ليس بالضرورة مركز الاستغلال كما لو أنشئ الشخص المعنوي بقصد استغلال منجم أو حقل بترول في الصحراء في حين أن موطنه في بغداد إذا كانت إدارته تتم من بغداد.

وفي حالة الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها أعمال في العراق فإن القانون العراقي ينص على أن مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي هو المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية<sup>(٣)</sup>.

(١) د. حسن كبرية المصطفى السابق ص ٦٥٩، د. توفيق فريج المصدر السابق ص ٢٤٨.

(٢) م ٤٨ ف ١ م ج ١.

(٣) م ٤٨ ف ١ م ج ١.

### ٣- حالة الشخص المعنوي:

إذا كان الشخص الطبيعي يتميز بحالة عينة تحدد أساساً مركزه من الدولة ومن الأسرة وأحياناً من الدين<sup>(١)</sup>.

فنقول بأنه ليس للشخص المعنوي حالة مدنية وبالنسبة فإن حالة الشخص المعنوي مقصورة على حالته من ناحية الجنسية وهذه تنصور توافرها للشخص المعنوي كالشخص الطبيعي وتكون مع اختلاف في مدلولها وعناصرها وجنسية الشخص المعنوي تنصرف إلى وجود رابطة تبعية بينه وبين دولة معينة ينتمي إليها وهي مستقلة عن جنسية الأشخاص المكونين لها والالتقاء والغالب في معظم التشريعات يذهب إلى إعطاء الشخص المعنوي جنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي.

### ٤- ذمة الشخص المعنوي:

لشخص المعنوي ذمة مالية<sup>(٢)</sup> وهذه الذمة مستقلة عن ذمة الأشخاص الطبيعيين المكونين له وبالتالي فليس للدائن هؤلاء الأشخاص أن يرجعوا بديونهم على الشخص المعنوي كما لا يجوز لدائني الشخص المعنوي التنفيذ بديونهم على الأموال الخاصة لأعضائه أو منشئيه<sup>(٣)</sup> هذا ويستتبع استقلال ذمة الشخص المعنوي عن الذمة المالية للأشخاص المكونين له أنه يجوز مقاضاته كما يجوز له أن يقاضي<sup>(٤)</sup> فله أن يرفع الدعاوى كما يمكن أن ترفع عليه وتنصرف الآثار المترتبة على هذه الدعاوى إلى ذمته الخاصة.

### ٥- أهلية الشخص الاعتباري:

إذا نشأ الشخص المعنوي ثبتت له الشخصية القانونية فيكون أهلاً للوجوب له وعليه بالشكل الذي يتفق مع طبيعته وبالغرض الذي أنشئ من أجله ذلك أن أهليته تتحدد بها بينه سند إنشائه أو ما يقره القانون.

أما فيما يخص أهلية الأداء وهي صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية على وجه يعتد به شرعاً فمتاعها هو التعبير والإرادة وحيث أنه من الواضح بأن الشخص المعنوي لا

(١) د. حسن كيرة المصدر السابق.

(٢) م ٤٨ ف ٢ مع ف ٣.

(٣) مع مراعاة أنه بالنسبة للشركات المدنية وشركات التضامن وشركات التوصية بآل الشركاء عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة رغم استقلال الذمة المالية. انظر المادة ٦١٣ من القانون المدني العراقي.

(٤) م ٤٨ ف ٥.

إرادة له ذلك لأن الإرادة تفترض التمييز أو الإدراك وهذه لا يمكن تصورها إلا بالنسبة للأشخاص الطبيعيين وبالتالي فلا بد من أن يباشر الشخص المعنوي نشاطه القانوني عن طريق أشخاص طبيعيين يمثلونه ويعبرون عن إرادته فيكون هؤلاء أن يقوموا بالتصرفات القانونية لحساب المعنوي مع التصرفات آثار هذه التصرفات مباشرة إلى الشخص المعنوي ولذلك نصت المادة ١ / ٤٨ من القانون المدني العراقي بأن يكون لكل شخص معنوي ممثل يعبر عن إرادته. فزئيس الدولة هو الذي يمثلها باعتبارها شخصاً معنوياً عاماً ورئيس الجمعية أو الشركة هو الذي يمثلها وهكذا... فلكل من هؤلاء أن يتوب عن الشخص المعنوي في حدود اختصاصه التي تثبت له في المنشئ للشخص المعنوي.

### أنواع الأشخاص المعنوية

تنقسم الأشخاص المعنوية إلى قسمين هما:

أ- الأشخاص المعنوية العامة:

ب- الأشخاص المعنوية الخاصة:

الأشخاص المعنوية العامة هي الدولة وفروعها كالوزارات ووحدات الإدارة المحلية كالمحافظات والمجالس البلدية والقرية والمؤسسات العامة والمنشآت العامة والشركات العامة وكل المصالح العامة التي تنشئها الدولة وتمنعها شخصية معنوية مستقلة لتقوم بإدارة أحد المرافق العامة أما الأشخاص المعنوية الخاصة فهي إما أن تكون جماعة أشخاص وقد تكون مجموعات أموال فمثال جماعة الأشخاص الشركات والجمعيات ومثال مجموعات الأموال والأوقاف والمؤسسات الخاصة هنا وإن المسألة بشأن تحديد فيها إذا كانت هذه الهيئة شخصاً معنوياً عاماً أم خاصاً من الأهمية بمكان بحيث تحتاج لوضع أسس معينة ليان أسس الضيقة لذلك وضعت معايير متعددة للفرقة بين الأشخاص المعنوية العامة والخاصة منها:

١- إرادة المشروع.

٢- الغرض الذي قام الشخص المعنوي من أجله.

٣- أصل نشأة الشخص المعنوي. فإذا كانت الدولة هي التي أنشأت الشخص المعنوي

كان عاماً وإلا فهو خاص.



- ٤ - طبيعة النشاط الذي يقوم به الشخص المعنوي.
  - ٥ - امتياز السلطة العامة التي يتمتع بها الشخص المعنوي.
  - ٦ - من له الكلمة الأخيرة في المشروع هل هي الإدارة أم الأفراد فإذا كانت الإدارة كنا أمام شخص من أشخاص القانون الخاص.
- وستقتصر دراستنا على بعض أنواع الأشخاص المعنوية وبالتحديد الأشخاص المعنوية الخاصة؛ ذلك لأن دراسة الأشخاص المعنوية ألحق بإداة القانون الإداري.

## أولاً- جماعات الأشخاص

### ١) الشركات:

الشركة هي مجموعة من الأشخاص «أو الأموال» تقوم باتفاق شخصين أو أكثر للقيام بمشروع مالي معين ويقصد تحقيق ربح مادي يقتسمونه فيما بينهم وقد عرفت المادة (٤) من قانون الشركات رقم (٣٦) لسنة ١٩٨٣ الشركة بقولها (الشركة عقد به يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصه من مال أو من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة).

### أنواع الشركات:

١) شركات التضامن: <sup>(١)</sup> وقد عرفها قانون الشركات رقم (٣٦) لسنة ١٩٨٣ في الفقرة الثالثة من مادته السادسة بقوله: (الشركة التضامنية شركة تتألف من عدد من الأشخاص الطبيعيين لا يزيد على عشرة يكون لكل منهم حصه فيها ويكونون مسؤولين على وجه التضامن مسؤولية شخصية وغير محدودة عن جميع التزامات الشركة).

### وتتميز شركات التضامن بالخصائص التالية:-

- ١ - أن للشركة عنواناً تجارياً.
- ٢ - أن جميع الشركاء فيها يعتبرون تجاراً.
- ٣ - أن مسؤولية الشركاء فيها مسؤولية شخصية وغير محدودة أي تضامنية عن جميع التزامات الشركة.
- ٤ - أن حصص الشركاء فيها غير قابلة للانتقال للغير إلا بموافقة الهيئة العامة بالإجماع.

(١) د. أنعام ياملكي ود. باسم محمد صالح / الشركات التجارية، بغداد ١٩٨٣ ص ٧٦.

٢) الشركة البسيطة: وهي شركة تتكون من عدد من الشركاء لا يقل عن اثنين ولا يزيد على خمسة يقدمون حصصاً في رأس المال أو يقدم واحد منهم أو أكثر عملاً والأخرون ماله<sup>(١)</sup>. وتكتسب الشركة البسيطة الشخصية المعنوية من تاريخ إيداع نسخة من عقد لها لدى سجل الشركات<sup>(٢)</sup> هذا ونصت المادة (١٧٨) من قانون الشركات على أنه إذا لم يحدد العقد نصيب الشركاء إلا في الربح وجب اعتبار هذا النصيب في الخسارة أيضاً، وإذا حدد في الخسارة اعتبر هذا في الربح أيضاً. أما إذا لم يحدد النصيب لا في الربح ولا في الخسارة كان نصيب كل من الشركاء في ذلك بقدر حصته في رأس مال الشركة<sup>(٣)</sup>.

٣) الشركات المساهمة: وهي شركة تتألف من عدة من الأشخاص لا يقل عن خمسة يكتب فيها المساهمون بأسهم في يكتب عام ويكونون مسؤولين عن ديون الشركة بمقدار القيمة الاسمية للأسهم التي اكتتبوا بها<sup>(٤)</sup> وتتميز الشركة المساهمة بأن رأسمالها مقسم إلى أسهم اسمية نقدية متساوية القيمة غير قابلة للتجزئة لكنها قابلة للتداول وذلك بالتصرف فيها بالبيع والبيع وبغيرها من التصرفات إلى الغير والشركات المساهمة تتميز أيضاً بتحديد مسؤولية كافة المساهمين بمقدار القيمة الاسمية للأسهم التي اكتتبوا بها فلا تتعدى ذلك إلى أملاكهم الأخرى. والقاعدة أن الشركة تثبت لها الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها ومن تاريخ صدور شهادة تأسيسها إذ نصت المادة (٢٢) من ق ش بأنه: «تكتسب الشركة الشخصية المعنوية من تاريخ صدور شهادة تأسيسها وتعتبر هذه الشهادة دليلاً على أن إجراءات التسجيل قد تمت وفقاً للقانون».

وتكوين الشركة يجب أن يتم بعقد مكتوب موقع من قبل المؤسسين أو من يمثلهم يحتوي على اسم الشركة المستمد من نشاطها مع بيان المركز الرئيسي للشركة على أن يكون في العراق هدف الشركة المؤكد لدورها في إنبا جانب من جوانب الاقتصاد الوطني وفق الحفظ والتنمية القومية، نشاط الشركة المستمد من هدفها، رأسمال الشركة وتقسيمه إلى أسهم عدد أعضاء المنتخبين في مجلس إدارة الشركة المساهمة الخاصة، أسماء المؤسسين وجنسياتهم ومهنتهم ومحل إقامتهم الدائم وعدد أسهمهم وقد يستلزم القانون بالإضافة إلى الكتابة اجراء شكلياً آخر

(١) م ١٧٨ قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣.

(٢) م ١٧٦ ق ش.

(٣) م ١٧٨ ق ش.

(٤) مادة ٦ أولاً من قانون الشركات الجديد.

كصدور قرار جمهوري بتأسيس شركة المساهمة<sup>(١)</sup> وترتيب على ثبوت الشخصية المعنوية للشركة فتتبعها بخصائص الشخص المعنوي من أهلية وجنس وموطن وجنسية وذمة مالية مستقلة وتنقضي الشركة بوجه عام بأحد الأمور التالية:-

- (١) عدم مباشرة الشركة نشاطها رغم مرور سنة على تأسيسها دون عذر مشروع.
- (٢) توقف الشركة عن ممارسة نشاطها مدة متصلة تزيد على السنة دون عذر مشروع.
- (٣) إنجاز الشركة المشروع الذي تأسست لتنفيذه أو استحالة تنفيذه.
- (٤) اندماج الشركة أو تحويلها.

(٥) فقدان الشركة ٧٥٪ من رأسمالها الاسمي.

(٦) قرار الهيئة العامة للشركة بتصفيتها<sup>(٢)</sup> وإذا انقضت الشركة وتمت الإجراءات القانونية المتعلقة بذلك تعين تصفية أموالها وتقسيمها وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون الشركات الجديد مع ملاحظة أن الشخصية المعنوية للشركة التي تخضع للتصفية تبقى قائمة رغم توافر أسباب انقضاها وبالقدر اللازم لهذه التصفية وإلى نهايتها وهذا ما تنص عليه المادة (١٥٦) من قانون الشركات الجديد إذ تقول:

«أولاً- تحتفظ الشركة بشخصيتها المعنوية مدة التصفية على أن يذكر أنها تحت التصفية حينها يرد اسمها».

وبعد إتمام التصفية واستيفاء جميع الدائنين لحقوقهم يوزع المصفي متبقي أموال الشركة على أعضائها بحسب أسهمهم وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبلغه بقرار شطب اسم الشركة على أنه يجوز تسديد جزء من هذه الأموال إلى الأعضاء خلال مرحلة التصفية بالقدر الذي لا يتخل بالتزامات الشركة.

٤- الشركة المحدودة: هي شركة تتألف من عدد من الأشخاص لا يزيد على خمسة وعشرون يكتبون فيها بأسمهم ويكونون مسئولين عن ديون الشركة بمقدار القيمة الاسمية للأسهم التي اكتتبوا بها.

(١) محمد كمال عند العزيز، الوجيز في نظرية الحق ص ٢٧٠.

(٢) انظر المادة (١٣٩) من قانون الشركات الجديد.

والشركة المحدودة هي شركة ذات مسؤولية محدودة وهي من شركات الأموال وبالأسمهم وهي شركة تجارية ذات شخصية معنوية هذا وإن قانون الشركات الجديد قد بين أنواع أخرى من الشركات هي:

- (١) المشروع الفردي: وهي شركة تتألف من شخص طبيعي واحد يكون مالكاً للحصة الواحدة فيها ومسئولاً مسؤولية شخصية وغير محدودة عن جميع التزامات الشركة.
- (٢) الشركة المختلطة: وهي الشركة المكونة باتفاق شخص أو أكثر من القطاع الاشتراكي مع شخص أو أكثر من القطاع الخاص ورأس مال مختلط لا تقل نسبة مساهمة القطاع الاشتراكي عن (٥١٪) ويجوز استثناء تكوين شركة مختلطة من شخصين من القطاع المختلط.

#### انقضاء الشركة:

- نصت المادة (١٣٩) على بيان حالات انقضاء الشركة وهي
- (١) عدم مباشرة الشركة نشاطها مدة متصلة تزيد على السنة دون عذر مشروع.
  - (٢) عدم مباشرة الشركة نشاطها رغم مرور سنة على تأسيسها دون عذر مشروع.
  - (٣) إنجاز الشركة المشروع الذي تأسست لتنفيذه أو استحالة تنفيذه.
  - (٤) اندماج الشركة أو تحولها وفقاً لأحكام هذا القانون «قانون الشركات».
  - (٥) فقدان الشركة (٧٥٪) من رأس مالها الاسمي وعدم اتخاذ إجراء آخر وفق الفقرة (ثانياً) - بنداً من المادة (٧٦) من هذا القانون خلال ستين يوماً من تاريخ ثبوته بموجب الميزانية.
  - (٦) قرار الهيئة العامة للشركة بتصفيتها.

#### الجمعية

تشريعي عام يبين كيفية إنشاء الجمعيات وكيفية حلها وقد صدرت بالفعل عدة تشريعات خاصة بالجمعيات بصورة عامة أو بأنواع معينة منها. ومن أهم هذه القوانين التي تعين قانون الجمعيات رقم (١) لسنة ١٩٦٠ الذي جمع الأحكام العامة للجمعيات وبصورة عامة وتنسّق فيما يلي إعطاء شرح موجز للجمعيات:

- ١- تعريف الجمعية (عرفت المادة الأولى من قانون الجمعيات رقم (١) لسنة ١٩٦٠) الجمعية بقولها: الجمعية جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو معنوية



لغرض غير الربح المادي ويشمل ذلك النوادي والمنظمات والهيئات وكل ما يدخل مفهومه تحت هذا التعريف. وتبين من هذا التعريف أن الجمعية تتميز بالخصائص التالية:

أ- أن الجمعية تتألف من مجموعات أشخاص ومواء كان هؤلاء الأشخاص أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً معنويين مع ملاحظة أنه إذا كانوا أشخاصاً طبيعيين فيجب أن لا يقل عددهم عن عشرة (م/ ٢٢ الجمعيات).

ب- تتميز الجمعية بأنها تمثل تنظيمًا ذا صفة دائمة بأن يكون لها وجود مستمر ثابت يميزها عن مجرد الاجتماعات العارضة أو الوقتية.

ج- تهدف الجمعية أخيرًا إلى غرض ويتحدد هذا الغرض بعدم الحصول على ربح مادي فإذا كانت تهدف إلى الحصول على ربح مادي فإنها لا تكون جمعية بل شركة ويلاحظ بأنه ما دام غرضها يتحدد بعدم الحصول على الربح المادي فإنه لا يتم بعد ذلك أن يكون هدفها غيرًا أو دينيًا أو علميًا أو ثقافيًا أو سياسيًا كالأحزاب أو مهنيًا ما دام هذا الغرض مشروعًا.

#### إنشاء الجمعية:

نصص المادة الثانية من قانون الجمعيات على أنه (يشترط في إنشاء الجمعية أن يوضع لها نظام مكتوب وموقع من أعضاء مؤسسين...) فالجمعية لا تنشأ إلا بمقتضى نظام مكتوب وموقع من المؤسسين والكتابة هنا شرط للإعقاد لا للإثبات فحسب هذا وقد اشترطت المادة الثانية من قانون الجمعيات أن يشمل نظام الجمعية المكتوب على البيانات التالية:

١- اسم الجمعية والغرض منها ومركز إدارتها على أن يكون في العراق.  
٢- اسم كل من الأعضاء المؤسسين ولقبه وعمره ومهنته وعمل إقامته والطرق الواجبة اتباع لقبول عضويته ولتسليمها عنه.

٣- الموارد المالية التي تستطيع الجمعية الحصول عليها.

٤- الهيئات التي تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وطرق تعيين الأعضاء الذين تتكون منهم الهيئات وطرق عزلهم.

كما اشترطت المادة الثالثة أن يكون العضو تام الأهلية وغير محروم من الحقوق المدنية وغير محكوم عليه عن جريمة مخلة بالشرف وأن يكون فوق ذلك قد قبل نظام كتابة.

هذا وثبت الشخصية المعنوية للجمعية بمجرد إنشائها ولا يحتاج هذه الشخصية المعنوية قبل التغير إلا بعد أن يتم إعلان نظام الجمعية في الجريدة الرسمية يطلب منها (م/ ٦٠ الجمعيات).

حدود أهلية وجوب الجمعية: لقد سبق أن بينا أن أهلية وجوب الشخص المعنوي أهلية وجوب محددة قياساً على أهلية الوجوب التي تكون للشخص الطبيعي فهي محددة بالقيود الآتية:

١- لا يجوز للجمعية أن تمتلك أو تكتسب من حقوق على عقارات تزيد على الغرض الضروري لتحقيق فرض الجمعية<sup>(١)</sup>.

وحيث أن الجمعية لا تستهدف الربح المادي لذلك لا يجوز لها المضاربة.

٢- لا يجوز أن يكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى إلا بقدر الضروري الذي يكفيها لاقتناء مركز لها أو لغروعها أو على لا جناح لتحقيق الغرض الذي أسست من أجله (م/ ٨ ق. الجمعيات) غير أن مثل هذا التقييد للجمعيات ذات الشفع العام فلهذه الجمعيات أن تمتلك الغرض الذي تستهدف تحقيقه ما نشاء من الأموال سواء كانت (م/ ١٧ ق. ج).

#### حل الجمعية:

تتقضي الجمعية بالأسباب العامة لانقضاء الشخص المعنوي كإنتهاء الأجل المحدد لها أو استنفاد الغرض منها أو استحالة تحقيقه أو تناقص أعضائها إلى أقل من المطلوب في القوانين وهي تقتضي أيضاً بالحل والحل ما يكون.

أ- الحل الاختياري: ويكون بقرار يصدر من الهيئة العامة بأغلبية ثلثي الأعضاء:

ب- الحل الإجمالي: وهو الذي يتم بمقتضى حكم يصدر من القضاء وقد تضمنت المادة السادسة والعشرون من قانون الجمعيات قواعد هذا الحل بقولها: يجوز حل الجمعية بقرار من محكمة بدائة حل بناء على طلب يقدم من وزير الداخلية أو من يؤولها بتقديم الطلب وذلك من الحالات الآتية:

١- إذا خالفت لفعاليتها الأغراض المدرجة في المادة الرابعة من هذا القانون أو الرسائل المدرجة في المادة السابعة منه (على الجمعية أن تتوصل لتحقيق أغراضها بالوسائل المسموعة الديمقراطية وفق أحكام الدستور والقوانين المرعية (م/ ٧ ق. ج).

٢- إذا مضى على تأسيس الجمعية سنة واحدة أو أكثر ولم تباشر أعمالها المنصوص عليها في

(١) د. عبد الفتاح الباقي، نظرية الحق ط ٢ القاهرة ١٩٦٥ - ص ٨، إسماعيل خانم المصدر السابق ص ٢٣٩.

نظامها أو انقطعت عن ممارسة أعمالها المدة المذكورة بدون أسباب تبرر ذلك.

٣- إذا أصبحت الجمعية عاجزة عن الوفاء بتعهداتها أو خصصت أموالها أو أرباح أموالها لأغراض غير التي أنشئت من أجلها.

٤- إذا خزنت الأسلحة النارية أو الجارحة أو المواد القابلة للانفجار أو المخرقة في مركزها أو مركز أحد فروعها وتشتت من ذلك الجمعيات الرياضية التي يجوز لها تخزين مقدار معقول من الأسلحة لتتقبل أغراضها بعد موافقة السلطة المختصة ويجب أن تدرج هذه الأسلحة في سجل خاص ويقر من حق الجمعية الطعن في قرار الحل لدى الهيئة العامة لحكمة التمييز في قرار الحل وعلى الهيئة العامة أن تثبت به خلال خمسة عشرة يوما التالية.

وإذا حلت الجمعية سواء كان الحل اختياريا أو قضائيا وجب تصفية أموالها لسداد ديونها فيعين لها مervisor أو أكثر ويقوم بهذا التعيين الهيئة العامة للجمعية إن كان الحل اختياريا أو الهيئة العامة لحكمة التمييز إن كان الحل قضائيا (م/ ١٨ ق. ج).

وبعد تمام التصفية يقوم المصفون بتوزيع الأموال الباقية وفقا لنظام الجمعية فإن لم يوجد في النظام نص أو وجد ولكن طريقة توزيع كانت غير ممكنة فعندئذ يجري تحويل أموال الجمعية المنحلة إلى الجمعية والجمعيات التي يكون غرضها هو الأقرب إلى غرض هذه الجمعية أو إلى جهة خيرية وفقا لقرار يصدره مجلس الوزراء (م/ ٢٩ ق. ج).

## ثانيًا: مجموعات الأموال

نقصد بمجموعات الأموال تلك الأشخاص المعنوية التي تُسألف من أموال مخصصة لتحقيق غرض معين وتضم مجموعات الأموال صورتين المؤسسات الخاصة والأوقاف.

### ١- المؤسسات الخاصة:

تعريفها: المؤسسة الخاصة شخص معنوي ينشأ بتخصيص مال عدة معينة لعمل ذي صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية دون قصد إلى أي ربح مادي (م/ ٢١ مدني) ويتضح من هذا التعريف أنه يجب القيام المؤسسة أن تتوفر المقومات الآتية:

١- مجموعة من المال: إذ أن المال هو العنصر الأساسي لقيام المؤسسة أما الأشخاص فيقتصر دورهم في إنشاء المؤسسة على رصد المال<sup>(١)</sup>.

٢- أن الغرض الذي يرصد من أجله المال هو دائمًا من أعمال الخير أو النفع العام.

٣- أن تنشأ المؤسسة لمدة غير معينة.

وبتبين نتيجة هذه الملاحظات أن المؤسسة تختلف عن الجمعية في أمرين:

١- أن المؤسسة تقوم على مجموعة من الأموال يستنها تقوم الجمعية على جماعة من الأشخاص.

٢- إذا كان كل من المؤسسة والجمعية لا تسعى إلى تحقيق ربح مادي إلا أنه يجب أن يكون هدف المؤسسة دائمًا في حين أن الجمعية قد تسعى إلى تحقيق مصلحة خاصة لأعضائها<sup>(٢)</sup>.

### إنشاء المؤسسة:

تنص المادة ٥٢ من القانون المدني العراقي على أنه:

١- يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي أو بوصية.

٢- ويعتبر هذا السند أو هذه الوصية نظامًا للمؤسسة.

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، المصدر السابق ص ٩٣.

(٢) محمد كمال عبد العزيز، المصدر السابق ص ٢١١.

د. إسحاق طائف، المصدر السابق ص ٢١٧.



ويجب أن يشتمل على البيانات التالية:

أ- الغرض الذي أنشئت المؤسسة لتحقيقه.

ب- اسم المؤسسة ومركزها على أن يكون هذا المركز في العراق.

ج- بيان دقيق للأموال المخصصة لهذا العمل.

ويلاحظ بأن المؤسسة تنشأ نتيجة عمل إرادي صادر عن إرادة المؤسس أو المؤسسين فإذا كان العمل صادراً عن إرادة المؤسس حال حياته أثارغ ذلك بسند رسمي وإن قصد إلى إنشائها بعد وفاته ضاع ذلك في صورة وصية وحتى كان إنشاء المؤسسة بسند رسمي جاز لمن أنشأها أن يعدل عنها بسند رسمي آخر وذلك إلى أن يتم تسجيلها في محكمة البداية:

#### أهلية وجوب المؤسسة:

تتقيد أهلية وجوب المؤسسة بما تقتضيه أهلية وجوب الشخص المعنوي بوجه عام فلا تثبت لها الحقوق والالتزامات إلا بالقدر المتعلق بتحقيق غرضها المحدد دون غيره من الأغراض خصوصاً فيما يخص الشخص.

إدارتها: يتولى إدارة المؤسسة المدير الذي يعرضه السند الذي أنشأها حتى ولو كان المدير هو الشخص نفسه منشئ المؤسسة إذ هي تنفصل عنه بمجرد إنشائها وتخضع المؤسسة لقيود عديدة هي:

١- أنها تخضع لرقابة الدولة وتعين الدولة الجهة التي يناط بها أمر هذه الرقابة (م/ ٥٧ مدني) وعلى مديري المؤسسة موافاة الجهة المختصة بالرقابة كلها طلبت ذلك: ميزانية المؤسسة وحسابها السنوي مع المستندات المرفقة لها وذلك في خلال شهر من تاريخ تصفية حساب السنة (م/ ٥٨ مدني).

٢- لمحكمة البداية التابع لها مركز المؤسسة أن تفضي بالإجراءات الآتية إذا طلبت منها ذلك الجهة المختصة بالرقابة على أن يكون هذا الطلب في صورة دعوى.

أ- عزل المديرين عند إهمالهم أو عجزهم الذين يخالفون القانون أو عقد إنشاء المؤسسة والذين يستعملون أموالها في غير الأغراض المخصصة لها.

ب- تعديل نظام إدارة المؤسسة أو تخفيف التكاليف والشروط المقررة في سند إنشاء المؤسسة أو تعديلها أو إلغاؤها.

ج- الحكم بإلغاء المؤسسة إذا أصبحت في حالة لا تستطيع معها تحقيق الغرض الذي

أنشئت، من أجله أو أصبح هذا الغرض غير ممكن التحقيق أو صار مخالفاً للقانون أو للآداب أو للنظام العام.

د- إلغاء الأعمال التي قام بها المديرون تجاوزاً لحدود اختصاصاتهم أو مخالفة لأحكام القانون أو لنظام المؤسسة ويجب في هذه الحالة أن ترفع دعوى الإلغاء في خلال مستين من تاريخ العمل المعلقين فيه (م/ ٥٩).

انقضاء المؤسسة: حيث أن المؤسسة هي مجموعة أموال وليست مجموعة أشخاص فلا يتصور أن تنقضي بالحل الاختياري إذ أن الحل الاختياري لا يكون إلا من أعضاء الشخص الاعتباري وليس من أعضاء في المؤسسة فهي مجموعة من الأموال كما أن شخصيتها مستقلة عن شخص مؤسسها فلا سبيل لانقضائها سوى الحل القضائي (الجبري). ووفقاً لما رأيناه في انقضاء الجمعية.

## ٢- الوقف:

وهو حبس العين عن غلبتها لأحد من الناس والتصدق بمشاعها على جهة بر لا تنقطع سواء أكان ذلك ابتداءً وانتهاءً فقط<sup>(١)</sup>.

والوقف نظام من نظم الشريعة الإسلامية وهو على ثلاثة أنواع خيري وذري ومشارك وقد أخذ المشرع العراقي بهذه المصطلحات الفقهية وبمفاهيمها في المرسوم رقم (١) لسنة ١٩٥٥ الخاص بجواز تصفية الوقف الذري إذ تنص المادة الأولى منه على أنه:

أ- يقصد بالوقف الذري: ما وقفه الواقف على نفسه أو ذريته أو عليها معاً أو على شخص معين أو ذريته أو عليها معاً أو على الواقف وذريته مع شخص معين وذريته.

ب- ويقصد بالوقف الخيري: ما وقف على جهة خيرية حين إنشائه أو آل إليها نهائياً.

ج- ويقصد بالوقف المشترك: ما وقفه الواقف على جهة وعلى الأفراد أو الذراري...<sup>(٢)</sup>.

(١) الأستاذ شاكِر ناصر حيدر المرج في الحقوق العينية الأصلية بغداد ١٩٧١ ص ٢٦.

(٢) يرى الدكتور أحمد الخطيب أن تسمية الوقف الذري تسمية غير دقيقة إذ قد لا تنطبق على بعض الصور المذكورة كما لو كان الوقف على نفس الواقف فقط أو على شخص معين ومن بعد كل واحد منها على جهة خيرية فلا يعد الوقف هنا إلى الذرية لما يرى أن إطلاق مصطلح الوقف لأهل الرب إلى الصحة.

انظر كتاب الرافق والوضا في الشريعة الإسلامية للدكتور أحمد الخطيب طبعة ثانية، مطبعة جامعة بغداد ١٩٧٨ ص ٩٧.

والعين الموقوفة ليست مملوكة لأحد من الأفراد فهي تعد غير مملوكة للأوقاف إذ بالوقف خرجت عن ملكه وهي لم تدخل في ملك المستحقين الذين لا يستحقون منها سوى الربيع أو الدخل وتثبت للوقف شخصية معنوية ويقوم بإبرام التصرفات القانونية لحسابه متولى الوقف وهذا ومن الجدير بالملاحظة أنه منذ صدور المرسوم رقم (١) ١٩٥٥ أجاز تصفية الوقف الذري.

## المراجع العامة

### المراجع العربية

- ١) عبد الرزاق السنهوري وحشمت أوسيت. أصول القانون أو لدراسة القانون القاهرة ١٩٤١.
- ٢) محمد كامل مرسي وسيد مصطفى. أصول القوانين ١٩٢٣.
- ٣) أحمد صفوت. مقدمة القانون. القاهرة ١٩٢٤.
- ٤) سليمان مرقس. المدخل للعلوم القانونية ١٩٥٣.
- ٥) حسن بغدادى. المدخل للعلوم القانونية.
- ٦) عبد الفتاح غيد الباقي. نظرية القانون. دار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٤.
- ٧) محمد غرقه. مبادئ العلوم القانونية. القاهرة ١٩٥٦.
- ٨) حسن كيزة. أصول القانون. دار المعارف بمصر. الطبعة الثانية ١٩٦٠.
- ٩) عبد الرحمن البزاز. الموجز في تاريخ القانون. بغداد ١٩٤٩.
- ١٠) محمد طه بدوي. القاعدة القانونية. دار المعارف بمصر ١٩٥٤.
- ١١) محمود جمال الدين زكي. دروس في نظرية القاعدة القانونية. ١٩٥٥.
- ١٢) عبد المنعم البدراري. المدخل للقانون الخاص ١٩٥٧.
- ١٣) محمد كمال عبد العزيز. الموجز في نظرية القانون. القاهرة ١٩٦٢.
- ١٤) عبد المنعم قرج الصند. أصول القانون. مطبعة الحلبي القاهرة ١٩٦٥.
- ١٥) مختار القاظمي. أصول القانون. دار النهضة العربية ١٩٦٧.
- ١٦) شمس الدين الزكي. الموجز في المدخل القانوني. منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٦٨.
- ١٧) السيد صبري. مبادئ القانون الدستوري. مطبعة نفيمر القاهرة ١٩٤٩.
- ١٨) عثمان خليل عثمان. المبادئ الدستورية العامة. القاهرة ١٩٥٦.
- ١٩) عبد الحميد متولي. الوسيط في القانون الدستوري. القاهرة ١٩٥٦.
- ٢٠) زهير جبرانه. الأمر الإداري ورقابة المحاكم القضائية له في مصر ١٩٣٥.
- ٢١) السيد مصطفى السيد. الأحكام العامة في قانون العقوبات. القاهرة ١٩٥٢.



- (٢٢) علي حسين الخلف. الوسيط في شرح قانون العقوبات. بغداد ١٩٦٨.
- (٢٣) حسن الحلبي. القانون الدولي العام ١٩٦٤.
- (٢٤) محسن شفيق. القانون التجاري المصري. ج ١ القاهرة ١٩٤٩.
- (٢٥) أكرم يا ملكي. الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي. بغداد ١٩٧١.
- (٢٦) مالك دوهان الحسن. المدخل لدراسة القانون. بغداد ١٩٧٢.
- (٢٧) رمضان أبو السعود. المدخل إلى القانون وبخاصة المصري والليثاني ١٩٨٦.
- (٢٨) علي علي منصور. المدخل للعلوم القانونية والفقه الإسلامي ١٩٦٧.
- (٢٩) عبد الباقي البكري. المدخل لدراسة القانون والشرعة الإسلامية. مطبعة الآداب ١٩٧٢.
- (٣٠) الموافقات في أصول الشريعة لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي. المكتبة التجارية القاهرة أربعة أجزاء.
- (٣١) الشيخ محمد الخصري. أصول الفقه. القاهرة ١٩٣٣.
- (٣٢) عبد الوهاب خلاف. أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ١٩٣٨.
- (٣٣) السيد محسن الطباطبائي الحكيم. حقائق الأصول ١٣٧٢ هـ -.
- (٣٤) محمد يوسف موسى. محاضرات في تاريخ الفقه الإسلامي ١٩٥٤.
- (٣٥) بدران أبو العينين بدران. أصول الفقه القاهرة ١٩٦٥.
- (٣٦) عباس متولي حمادة. أصول الفقه ١٩٦٨.
- (٣٧) مصطفى إبراهيم الزلمي. دلالات النصوص وطرق استنباط الأحكام في ضوء أصول الفقه الإسلامي ١٩٨٢.
- (٣٨) صفاء الحافظ. القطاع العام وآفاق التطور الاشتراكي في العراق ١٩٦٦.
- (٣٩) محمد سليمان حسن. دراسات في الاقتصاد العراقي ١٩٦٦.

## مراجع نظرية الحق

- (١) د. أحمد الخطيب، الوقف والوصايا في الشريعة الإسلامية بغداد ١٩٧٨.
- (٢) د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية، بغداد، مطبعة الرشاد ١٩٧٢.
- (٣) د. إسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق ط ٢ القاهرة ١٩٨٢.
- (٤) د. أكرم يا ملكي ود. باسم محمد صالح، الشركات التجارية، بغداد ١٩٨٣.
- (٥) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، بيروت ١٩٧٥.
- (٦) د. ثروت أنيس الأسيوطي، مبادئ القانون ج ٢ «الحق».
- (٧) د. جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون، الكتاب الثاني نظرية الحق، القاهرة ١٩٦٦.
- (٨) د. حسن ذنون، فلسفة القانون، بغداد ١٩٧٥.
- (٩) د. حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون ط ٤، الإسكندرية ١٩٧١.
- (١٠) شاكِر ناصر حيدر، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، بغداد ١٩٧١.
- (١١) د. شمس الدين الوكيل، المدخل لدراسة القانون، الإسكندرية ١٩٦٥.
- (١٢) عبد الباقي البكري، النظرية العامة للإلزام ج ١ في مصادر الالتزام، بغداد ١٩٥٩ - ١٩٦٠.
- (١٣) عبد الحمي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية ج ٢ «نظرية الحق» مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٠.
- (١٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج ٢ القاهرة ١٩٦٤.
- (١٥) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية الحق، القاهرة ١٩٦٥ ط ٢.
- (١٦) د. عبد المنعم البدرأوي، المدخل للقانون الخاص، القاهرة ١٩٥٧ ط ١.
- (١٧) د. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده ونظرية التصسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، دار الفكر والطباعة والنشر، بيروت - السنة بلا.
- (١٨) د. محمد سامي مذكور، نظرية الحق، القاهرة ١٩٥٣.
- (١٩) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الحق، القاهرة ١٩٧٧.
- (٢٠) د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني (المصري واللبناني) النظرية العامة للحق، بيروت ١٩٨٣.

### المراجع الانكليزي

- ١- Allen Law in the making ١٩٤٦.
- ٢- Buckland some Reflections On jurisprudence ١٩٤٥.
- ٣- Bertrand Russel ducation and the Social arder.
- ٤- Friedmann Legal Theory Third Edition ١٩٤٤.
- ٥- Coadby Introduction to The Study of law Third Edition.
- ٦- Crey The Nature and Soureces of The law ١٩٤٨.
- ٧- Holland The elements of Jurisprudence thirteenth Edition.
- ٨- Jennings modern Theory of law ١٩٣٣.
- ٩- Korkunov General Theory of law.
- ١٠- Keeton An inttoduction to Equity.
- ١١- Beudant (Ch) Le Droit individual Et l'etat ٢rd Edition ١٩٢٠.
- ١٢- Bonnecase Introduction a L'etude Du Dry it civil ١٩٣٩.
- ١٣- Capitant (H) Introduction a L'erude du drovit Civil ٤th. Edition ١٩٢١.
- ١٤- Dabin Thearie Generale du droit ٢nd Edition ١٩٥٣.
- ١٥- Geny methode d'interpretation et Sources en droit prive Positif ٢nd volum- ١٩٣٢.



كتب الأستاذ المتمرس  
عبد الباقي البكري  
مقدمة الكتاب  
نظرية القانون

كتب المدرس  
زهير البشير  
نظرية الحق